

ENTWICKLUNG DER HAFTUNG FÜR GEHILFENHANDELN
unter besonderer Berücksichtigung der
dogmengeschichtlichen Grundlagen der
deliktischen Gehilfenhaftung in der
neueren Privatrechtsgeschichte

Günther Niethammer

1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554601_0012

ENTWICKLUNG DER HAFTUNG FÜR GEHILFENHANDELN

unter besonderer Berücksichtigung der
dogmengeschichtlichen Grundlagen der
deliktischen Gehilfenhaftung in der
neueren Privatrechtsgeschichte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Günther Niethammer

1 9 7 3



Referent: Professor Dr. Hans Schlosser

Korreferent: Professor Dr. Gotthard Paulus

Tag der mündlichen Prüfung:

17. Dezember 1973

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Einleitung</u>	
I. Wandel im Recht der Gehilfenhaftung	1
II. Einführung zum Problem	2
III. Das Anliegen der Arbeit	4
IV. Klärung der Begriffe	5
 <u>1. Abschnitt</u>	
 Wissenschaft und Rechtsprechung im 19. Jahrhundert	
I. Vorbemerkung	7
II. Die historische Schule	7
1. Ausgangspunkt: Die Culpalehre bei Löhr und Hasse	7
2. Johann Christian Hasse	8
3. Georg Friedrich Puchta	10
III. Die preußische Rechtslehre	14
1. Ausgangspunkt: Das preußische Allge- meine Landrecht	14
2. Resonanz der Wissenschaft	17
3. Wilhelm Bornemann	17
4. Zusammenfassung	19
IV. Die Pandektisten	20
1. Vorbemerkung	20
2. August Ubbelohde	22
3. Assekuranztheorie	25
4. R.J. Burchardi	27
5. Paul Friedrich von Wyß	31
6. Levin Goldschmidt	37

V. Die Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung im 19. Jahrhundert	45
1. Übersicht	45
2. Vertragliche Gehilfenhaftung	46
3. Deliktische Gehilfenhaftung	51

2. Abschnitt

Die Gesetzgebung in der ersten Hälfte des 19.
Jahrhunderts (unter besonderer Berücksichtigung
des Code Civil)

I. Vorbemerkung	55
II. Der Code Civil	56
1. Allgemeines	56
2. Das Verschuldensprinzip	57
3. Einfluß des Code Civil auf die deutsche Entwicklung	61
a) Unmittelbarer Einfluß im Rhein- land und in Baden	61
b) Sonstiger Einfluß	62
III. Die Kodifikationen im deutschen Raum zum Handelsrecht	63
1. Allgemeines	63
2. Die Verkehrsgesetzgebung	64
3. Der preußische Entwurf eines Handelsge- setzbuches	68
4. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetz- buch	70
a) Haftung für Prokuristen	70
b) Haftung für Handlungsgehilfen und sonstige Bevollmächtigte	72
c) Haftung für Zwischenfrachtführer	74
d) Eisenbahnhaftung	75
e) Spediteurhaftung	76
f) Haftung des Reeders	76
g) Zusammenfassung	77

3. Abschnitt

Die Juristentage 1884 und 1886

I. Vorbemerkung	78
II. Themenstellung und Bedeutung der geschichtlichen Situation	81
III. Die Arbeit des Juristentages	86
IV. Der 17. DJT (1884)	89
A. Die Gutachten und Referate zur vertraglichen Gehilfenhaftung	89
1. Dreyer	89
2. Mayer	95
3. Leonhard	99
4. Jaques	104
5. Enneccerus	106
6. Zusammenfassung	114
B. Die Gutachten und Referate zur deliktischen Gehilfenhaftung	115
1. Dreyer	115
2. Leonhard	117
3. Jaques und Enneccerus	122
4. Zusammenfassung	125
V. Der 18. DJT (1886)	128
1. Gutachten Petersen	128
2. Verhandlungen	135
a) Referat Petersen	135
b) Correferat Heinsheimer	137
3. Diskussion	137
VI. Ergebnisse der Juristentage	141

4. Abschnitt

Die Gesetzgebungsarbeiten zum BGB

I. Vorbemerkung	145
II. Der erste Entwurf	146
1. Die vertragliche Gehilfenhaftung	146

	Seite
2. Diskussion	150
3. Deliktische Gehilfenhaftung	151
4. Kritik, insbesondere zur deliktischen Gehilfenhaftung	153
III. Beratungen und Entwurf 2. Lesung	157
1. Vertragliche Gehilfenhaftung	157
2. Ergebnis	161
3. Deliktische Gehilfenhaftung	163
a) Anträge	164
b) Stellungnahmen	165
IV. Zusammenfassung und Hintergrund	171
1. Verbindungslinien der Juristentage zum BGB	171
2. Das Verschuldensprinzip	173
3. Die Schadensverteilungsordnung im Spannungsverhältnis Staat - Wirtschaft-Individuum	176

5. Abschnitt

Die Entwicklung der Gehilfenhaftung seit 1900

I. Vorbemerkung	178
II. Zu § 278 BGB	178
1. Erste Zweifel	179
2. Die Ausdehnung von § 278	180
a) Begriff der Verbindlichkeit	180
b) Vorvertragliche Pflichten	183
c) Auswirkungen des § 831 Abs. 1 S. 2 auf § 278	185
d) Verletzung "in Erfüllung" der Verpflichtung	185
3. Zusammenfassung	186
III. Zu § 831 BGB	187
1. Vorbemerkung	187
2. Reformvorschläge	188
a) Vorschlag der Akademie für Deutsches Recht	189

	Seite
b) Reformarbeiten nach dem 2. Weltkrieg	191
3. Mängel des § 831 BGB	191
4. Versuch der Umgehung des § 831 Abs. 1 S. 2	194
IV. Die Ausweitung der Auswahl- und Auf- sichtspflichten bei § 831 BGB	195
1. Allgemeine Auswahl- und Aufsichts- pflicht	195
2. Auswahl- und Aufsichtspflichten zur Umgehung des Dezentralisierten Entlastungsbeweises	197
3. Die Produzentenhaftung	200
V. Die Umgehung des § 831 Abs. 1 S. 2 durch Veränderung der Vertragsstruktur und die Schaffung von Sonderverbin- dungen	203
1. Die Ausformung vertraglicher Nebenpflichten	203
2. Amtshaftung	208
3. Einzelfälle	208
VI. Zusammenfassung	210
1. Dogmatische Schwierigkeiten	211
a) Kritische Diskussion	211
b) Mögliche Haftungsformen	212
c) Rechtspolitische Argumente	214
2. Vergleich der Argumente, Folgerungen	215

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Achilles, A. - Gebhard, C. - Spahn, M. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, Berlin 1897
- Albrecht, Wilhelm E. Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828 (Neudruck Aalen 1967)
- Anhalt, Franz Die außervertragliche Haftpflicht des Geschäftsherrn und des Aufsichtspflichtigen für Handlungen dritter Personen, Diss. Wiesbaden 1909
- Arndts, Ludwig Lehrbuch der Pandekten, 11. Aufl. Stuttgart, 1883
- Asmis, Rudolf Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, Greifswald 1902
- Baron, Julius Pandekten, Leipzig, 1872
Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für custodia, AcP 52 (1869), S.44 ff.
- Bar, Karl Ludwig v. Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, GrünhZ 4 (1877), S.21 ff.
- Baur, Fritz Entwicklung und Reform des Schadenersatzrechts, Neue Deutsche Forschungen, Abteilung Bürgerliches Recht, Bd. 32, Berlin 1935
Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für "Verrichtungsgehilfen", Karlsruher Forum 1962, S. 14 ff.
- Bekker, Ernst Immanuel System und Sprache des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin/Leipzig, 1888
- Beschorner, Johann Gotthelf Von der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen bei Personen- und Gütertransport, AcP 41 (1858) S. 393 ff.
- Bienenfeld, Rudolf Die Haftungen ohne Verschulden - Typenlehre und Systematik der außergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Berlin/Wien 1933

- Blau, Bruno Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin/Frankfurt 1969 (zit.: A. Blomeyer, SchuldR)
- Böhmer, Emil Ausschaltung des § 831 BGB?, JR 1957, S. 15 f.
Vertragliche Haftung ohne Vertrag, VersR 60, S. 676 ff.
Begriff der Verbindlichkeit i.S. von § 278 BGB, MDR 61, S. 556 ff.
Hat sich § 831 BGB nicht bewährt? JR 1964, S. 134 f.
Zur Frage der Änderung des Schadensersatzrechts, VersR 63, S. 914 f.
Eine unzulässige Anwendung des § 831 BGB, JR 1968, S. 377 f.
Weitere Ausdehnung der Gefährdungshaftung? JR 1972, S. 183 f.
- Boehmer, Gustav Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 151, (1950), S. 300
- Bornemann, Wilhelm Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des ALR, Berlin 1834-1842
- Brauer, Johann Nikolaus Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, Band I, Karlsruhe, 1809
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten, 1. Aufl. Erlangen 1857, 2. Aufl. 1879
- Brödmann, Erich Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB, insbes. die Haftung des Versicherungsnehmers, IherJb 58 (1910), S. 187 ff.
- Bruck, Ernst-Möller, Hans Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz 8. Aufl. Berlin 1961/1970
- Bruck, Martin Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders Familienangehörige und Dienstboten, ArchBürgR 27, S. 110 ff.

- Brückner, Franz Xaver Die custodia nebst ihrer Beziehung zur Vis Maior nach Römischen Recht, Diss. München 1889
Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer insbes. der Vertreter und Gehilfen nach dem BGB und nach anderen Reichsgesetzen, Recht 1901, Sp. 338
- Brunner, Heinrich Deutsche Rechtsgeschichte, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 11. Abtl., 1. Teil, I. Band Leipzig 1906
- v. Buchka, Gerhard Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1899
- Burchardi, Rudolf J. Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen - eine civilistische Abhandlung, Kiel 1861
- v. Caemmerer, Ernst Wandlungen des Deliktsrechts, 100 Jahre Deutsches Rechtsleben Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des DJT 1860-1960, Karlsruhe 1960, Bd. II, S. 49-136
(zit.: v. Caemmerer, DJT-Festschrift)
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 68, S. 494 ff.
- Carbonnier, Jean Droit Civil, Bd. 2, 5. Aufl., Paris 1967
- Coing, Helmut Rechtspolitik und Rechtsauslegung, Festvortrag zum 43. DJT, Bd. 2, Tübingen 1960, S. B 1 ff.
- Conrad, Hermann Der Deutsche Juristentag 1860-1960, Beitrag in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des DJT, Bd. 1, Karlsruhe 1960
- Conradi, Albert Die Haftung des Schuldners für Gehilfen und Substituten, Göttingen 1896
- Dahm, Georg Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, 2. Aufl. Stuttgart 1963

- Deetz (1) Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB, insbes. bei § 831, GruchBeitr 64 (1920), S. 161 ff.
- Degenkolb, Heinrich Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP 76 (1890), S. 1 ff.
- Dernburg, Heinrich Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs, 5. Aufl., Halle 1897 (zit.: Dernburg, Obligationenrecht)
Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches 1. und 4. Aufl., Halle 1888 und 1894 (zit.: Dernburg, Privatrecht, Aufl.)
Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1896, 97 (zit.: Dernburg, Pandekten)
- Deutsch, Erwin Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, Festschrift für R. Honig, Göttingen 1970, S. 33 ff.
Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, JZ 1968, S. 721 ff.
- Diederichsen, Uwe Die Haftung des Warenherstellers, München/Berlin 1967
Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgehilfen, ZRP 1968, S. 60 f.
- Dölle, Hans Außergesetzliche Schuldspflichten ZGesStW 103 (1943), S. 67 ff.
- Dunz, Walter Das verkehrsrichtige Verhalten, NJW 1960, S. 507 ff.
- Dreyer, Karl Heinrich Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften, Gutachten zu den Verhandlungen des 17. DJT, Berlin 1884, Bd. 1, S. 46 ff.
- Endemann, Wilhelm Das Deutsche Handelsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1868
- Enneccerus, Ludwig
-Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig
-Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Aufl., Tübingen 1959/60

(1) Kammergerichtsrat in Berlin; Vorname nicht bekannt

- Erdsiek, Gerhard Die Problematik des § 831 BGB und seine Einwirkung auf unsere Vertrags- und Amtshaftung, JurJb 8 (1967), S. 36 ff.
- Erman, Walter Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934), S. 273 ff.
- Erman, Walter u.a. Handkommentar zum BGB, 1. Bd. 4.Aufl., Münster 1967 (zit.: Erman-Bearbeiter)
- Esser, Josef Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1. Aufl. 1940, Neuabdruck München 1969 (zit.: Esser, Gefährdungshaftung)
- Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, AcP 148 (1943), S.121 ff
- Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, S. 129 ff.
- Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 (zit.: Esser, SchuldR I)
- Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1971 (zit.: Esser, SchuldR II)
- Feder, Ernst Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB, Berlin 1902
- Perid, Murad Das Französische Zivilrecht, 1. Band Frankfurt/Berlin 1971
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin-New York 1971
- Förster, Franz Die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers, ZDR 9 (1845), S.10 ff.
- Preußisches Privatrecht, Bd.1-4, 6. Aufl. Berlin 1892/93, 7.Aufl., Berlin 1896/97 (zit.: Förster, Privatrecht, Bd.)
- Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, bearbeitet von Eccius, M.E., 6. Aufl., Bd. 1 und 2. Berlin 1892 (zit.: Förster, Theorie und Praxis, Bd.)

- Fritsch, Heinz Zur neueren Dogmengeschichte der
privatrechtlichen Gehilfenhaftung
Diss. Münster 1956
- Gamillscheg, Franz Die Haftung des Arbeitnehmers,
Karlsruhe 1965
- Gernhuber, Joachim Die Haftung des Warenherstellers
nach deutschem Recht, Karlsruher
Forum, 1962, S. 1 ff.
- Gläubiger, Schuldner, Dritte, JZ
1962, S. 553 ff.
- v. Gierke, Otto Der Entwurf eines bürgerlichen
Gesetzbuchs und das Deutsche
Recht, 2. Aufl. Leipzig 1889
- Die Genossenschaftstheorie und die
Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
(zit.: v. Gierke, Genossenschafts-
theorie 1893)
- Die soziale Aufgabe des Privatrechts,
Berlin 1898 (zit.: v. Gierke, Soziale
Aufgabe)
- Das Wesen der menschlichen Verbände
Leipzig 1902, Rede zum Rektoratsan-
tritt (zit.: Menschliche Verbände)
- Glück, Christian Friedrich v. Ausführliche Erläuterung der Pan-
ecten, II. Teil, Erlangen 1893
- Goldschmidt, Levin Über die vertragsmäßige Beschränkung
der Ersatzpflicht der Eisenbahn-
verwaltungen, AcP 41 (1858), S. 406
ff.
- Das receptum nautarum, cauponum,
stabulariorum, ZHR 3 (1860), S. 58 ff.
und 331 ff.
- Besprechung: von Wyß, Die Haftung
für fremde Culpa im Römischen Recht,
ZHR 13 (1869), S. 655 f.
- Über die Verantwortlichkeit des
Schuldners für seine Gehülfen,
ZHR 16 (1871), 287 ff., 321 ff.

- Goldschmidt, Ludwig
Universalgeschichte des Handels-
rechts, Stuttgart 1891 (zit.: L.
Goldschmidt, Universalgeschichte)
Handbuch des Handelsrechts, Er-
langen 1864 - 68, 2 Bände (zit.:
L. Goldschmidt, Handbuch)
- Goujet, Leo
Die vorgesehene Neufassung des
§ 831 BGB in ihrer Auswirkung
auf die Haftpflichtversicherung,
Die Versicherungs-Praxis 1968, S.
145 ff.
- Graf, Eduard
- Dietherr, Mathias
Deutsche Rechtssprichwörter,
Nördlingen 1864
- Hachenburg, Max
Das französisch - badische Recht
und der Entwurf eines Bürgerlichen
Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,
Mannheim 1889
Das bürgerliche Gesetzbuch für das
Deutsche Reich, Vorträge gehalten
in den Jahren 1896/97, 2. Aufl.,
Mannheim 1900
- Hagen, Horst
Die Drittschadensliquidation im
Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt
1971
- Hamann, Rudolf
Die Haftung bei Erfüllungs- und
Verrichtungsgehilfen, Die Kranken-
versicherung 69, S. 271 ff.
- Hasse, Johann Christian
Die Culpä des Römischen Rechts,
2. Ausgabe, Bonn 1838
- Hauss, Fritz
Empfiehlt es sich die Haftung für
schuldhaft verursachte Schäden zu
begrenzen? Kann für den Umfang der
Schadensersatzpflicht auf die Schwere
des Verschuldens und die Tragweite
der verletzten Norm abgestellt
werden? Gutachten zum 43. DJT, 1960
Bd. 2 C S. 23 ff.
- Heck, Philipp
Grundriß des Schuldrechts,
Tübingen 1929
- Hedemann, Justus Wilhelm
Die Fortschritte des Zivilrechts
im XIX. Jahrhundert - ein Über-
blick über die Entfaltung des
Privatrechts in Deutschland, Öster-
reich, Frankreich und der Schweiz,
1. Teil, Die Neuordnung des Verkehrs-
lebens, Berlin 1910 (zit.: Hedemann,
Fortschritte)

- Hedemann, Justus Wilhelm Der Dresdner Entwurf von 1866, Berlin 1935 (zit.: Hedemann, Der Dresdner Entwurf)
- Heinsheimer, Karl Zivilgesetze der Gegenwart, 1. Bd., Frankreich - Code civil, München, Berlin, Leipzig 1932
- Heiseke, Jürgen Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, S. 77 f.
- Heiss, Klaus Der dezentralisierte Entlastungsbe-
weis und die Versuche zu seiner
Überwindung, Diss. München 1969
(zit.: Heiss, Der dezentralisierte
Entlastungsbeweis)
- Helm, Johann Georg Rechtsfortbildung und Reform bei
der Haftung für Verrichtungsge-
hilfen, AcP 166, (1966) S.389 ff.
- Hepp, F.C.Th. Zurechnung auf dem Gebiet des
Zivilrechts, Leipzig 1838
(zit.: Hepp, Zurechnung)
- Holtzschuher, Rudolf v. Theorie und Casuistik des gemeinen
Civilrechts, 3. Aufl., Leipzig 1863
- Horn, Adolf Die Gehilfenhaftung für mangelhafte
Aufsicht und Organisation nach
§ 823 und § 831 BGB, Diss. Köln 1968
- Hübner, Rudolf Grundzüge des deutschen Privatrechts,
Leipzig/Erlangen 1922
- Jhering, Rudolf v. Das Schuldmoment im römischen
Privatrecht, Vermischte Schriften
Juristischen Inhalts, Leipzig
1867, S. 40 ff.
(zit.: Ihering, Schuldmoment)
- Culpa in contrahendo oder Schadens-
ersatz aus nichtigen oder nicht zur
Perfection gelangten Verträgen,
Jahrbücher für Dogmatik, 4 (1861),
S. 84 ff.

Geist des Römischen Rechts,
Ed. 4, Leipzig 1864

Über die Notwendigkeit einer Reform
der Geschäftsherrenhaftung, VersR
59, S. 1061 ff.

Legislative Erörterungen, GrünhZ
17 (1890), S. 144 ff.

Der Entwurf eines Bürgerlichen Ge-
setzbuches für das Deutsche Reich,
Annalen des Deutschen Rechts für
Gesetzgebung, Verwaltung und Sta-
tistik, Berlin 1890, und Nachträge
S. 267 ff.

Römisches Privatrecht, 3. Aufl.,
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949

Cours de Droit Civil Positif
Français, 3. Aufl., 3 Bände,
Paris 1938-40

Der Begriff der Bestellung nach
§ 831 BGB, ArchBürgR 37 (1912),
S. 78 ff.

Delikt und Schadensverursachung,
Heidelberg 1897

Römisches Privatrecht I.,
München 1955

Pandekten, Leipzig 1861

Der Entwurf eines bürgerlichen Ge-
setzbuchs für das deutsche Reich,
GruchBeitr 32 (1888), S. 611 ff.

Deutschlands Eisenbahnen, Marburg
1857

Das Recht der Forderungen nach Ge-
meinem und nach Preussischem Recht,
Ed. 1 - 3, Breslau 1836-1843
(zit.: Koch, Forderungen, Bd.)

Lehrbuch des preussischen gemeinen
Privatrechts, 2. Bd., Berlin 1846
(zit.: Koch, Privatrecht)

- Leske, Franz Vergleichende Darstellung des BGB für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1903
- Löhr, Ferdinand v. Die Theorien der Culpa, Gießen 1806
- Loening, Edgar Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt 1879
- Löning, George A. Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 14, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, vorgelegt von H.C. Nipperdey, München, Berlin 1940
- Lorenz, Werner Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung, AcP 170 (1970), S. 367 ff.
- Mataja, Viktor Das Schadensersatzrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, ArchBürgR 1 (1889), S. 267 ff.
- Mayer, Otto Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? (Code civil Art. 1384), Verhandlungen des 17. DJT, Bd. I, Berlin 1884, S. 125 ff.
- Mazeaud, Henri Leçons de Droit Civil, Paris 1956-1960
- Mazeaud Henri - Tunc, André Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, Bd. I, 6. Aufl. Paris 1965
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 4. Aufl., Köln u.a. 1971
- Meischeider, Emil Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin/Leipzig 1889
- Meißner, J. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das preußische allgemeine Landrecht, Berlin 1890

- Menger, Anton Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890
- Mertens, Hans-Joachim Der Referentenentwurf zur Änderung des Schadensersatzrechts, FamRZ 1968, S. 130 ff.
Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen (zusammen mit Hartmut Reeb), JuS 72, S. 35 ff.
- Michaelis, Karl Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, Leipzig 1942, S. 185 ff.
- Mittermaier, Carl J.A. Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Landshut 1821
- Mitteis, Heinrich Die Germanischen Grundlagen des französischen Rechts, SavZ Germa 63 (1943), S. 138 ff.
- Mitteis, Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung, Wien 1885 (Neudruck Aalen 1962)
- Mommsen, Friedrich Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3, 1885
(zit.: F. Mommsen, Beiträge)
- Mommsen, Theodor Corpus iuris civilis, 1. Bd., Berlin 1899
- Mugdan, B. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
- Mühlenbruch, Christian F. Doctrina Pandectarum, 3 Bände, Halle 1835-39
(zit.: Mühlenbruch, Pandekten, Bd.)
- Müller, Christian F. Über die actio de recepto und ihre analoge Anwendung auf die Postanstalten, Leipzig 1835
- Müller, Klaus Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP 165 (1965), S. 285 ff.

- Münzberg, Wolfgang Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt 1966
- Münzel, Karl Die Rechtsprechung zu § 839 BGB in Verbindung mit dem Staatshaftungsrecht, NJW 1966, S. 1341 ff.
- Neumann-Duesberg, Horst Kritik der "körperschaftlichen Organisationspflicht, NJW 1966, S. 715 ff.
- Neumayer, Karl Deutsche und französische Zivilrechtswissenschaft, Ius privatum gentium, Festschrift für M. Rhein-stein, Bd. 1, Tübingen 1969, S. 165 ff.
- Nipperdey, Hans Carl Inwieweit haftet ein Berufsverein der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer für unzulässige Kampfhandlungen, und welche Änderungen des deutschen Rechts sind hier, zugleich unter Beobachtung ausländischer Vorbilder, empfehlenswert? Gutachten zum 34. DJT, Bd. 1, S. 395 ff., Berlin/Leipzig 1926
- Nirk, Rudolf Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des BGH, Festschrift für Ph. Möhring, München/Berlin 1965 S. 385 ff.
- Nöldecke, A. Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach den §§ 831, 832 BGB, GruchBeitr, Bd. 41 (1897), S. 766 ff.
- Nußbaum, Arthur Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht, Berlin 1898
- Oertmann, Paul Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin 1910
- Ostwald, Max Zur Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 BGB insbesondere bei Verträgen zugunsten Dritter, LZ 17 (1923), S. 516 ff.
- Palandt, Otto u.a. Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 32. Aufl., München 1972 (zit.: Palandt-Bearbeiter)

- Petersen, Julius Gutachten zu den Verhandlungen des
18. DJT, Berlin 1886, Bd. 1,
S. 275 ff.
- Planck, Gottlieb u.a. Kommentar zum BGB, Bd. 2, 4. Aufl.,
Berlin 1913
(zit.: Planck-Bearbeiter)
- Planck, Gottlieb Zur Kritik des Entwurfs eines
Bürgerlichen Gesetzbuchs für das
Deutsche Reich, AcP 75 (1889),
S. 327 ff.
- Planiol, Marcel - Ripert,
Georges - Boulanger, François Traité de Droit Civil d'après le
Traité de Planiol, Bd. 1-4,
Paris 1956-59
- Pleyer, Klemens Die Einstandspflicht des Unternehmers
für seine Mitarbeiter im Rahmen des
§ 1004 BGB, AcP 161 (1962), S. 500 ff.
- Prölss, Erich - Martin,
Anton-Prölss, Jürgen Versicherungsvertragsgesetz, 18. Aufl.
München 1970
- Puchta, Georg F. Cursus der Institutionen, 2 Bände
10. Aufl., Leipzig 1893
(zit.: Puchta, Cursus)
Lehrbuch der Pandekten, 1.-3. Aufl.,
Leipzig 1838, 1844 und 1845
(zit.: Puchta, Pandekten und Aufl.)
Vorlesungen über das heutige römische
Recht, 3. und 5. Aufl., Leipzig 1852
und 1863
(zit.: Puchta, Vorlesungen und Aufl.)
- Ramm, Thilo Einführung in das Privatrecht, Allge-
meiner Teil, 3 Bände, München 1969/
70
(zit.: Ramm, Bd.)
- Rang, Christian Die Haftung des Schuldners für
Dritte nach gemeinem Recht,
Diss. Bonn 1886
- Ripert, Georges Traité Élémentaire de Droit
Commerciale 2 Bände, 4. Aufl.,
Paris 1960
- Rothenbücher, Karl Geschichte des Werkvertrages nach
deutschem Recht, Untersuchungen
zur deutschen Staats- und Rechts-
geschichte, Heft 87, Breslau 1906

- Rother, Werner Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München/Berlin 1965
- Rümelin, Gustav Obligation und Haftung, AcP 68 (1884), S. 152 ff.
Culpahaftung und Causalhaftung, AcP 88 (1898), S. 285 ff.
- Rümelin, Max Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg/Leipzig 1896
(zit.: M. Rümelin, Schadenszurechnung)
- Ruth, Rudolf Rezension zu H.W. Weigert, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, AcP 126 (1926), S. 353 ff.
- Savatier, René Traité de la Responsabilité civile 2 Bände, 2. Aufl., Paris 1951
- Schäfer, Klaus-Dieter Haftung für fremdbezogenes Handeln, MDR 69, S. 271 ff.
- Schering, Friedrich Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. 1-4, 2. Aufl., Berlin 1869
- Schlosser, Hans Die Exegese aus der deutschen Rechtsgeschichte, JuS 1965, S. 438 ff.
- Schmidt, Eike Zur Dogmatik des § 278 BGB. Zugleich einige kritische Bemerkungen zur geplanten Reform des § 831 BGB, AcP 170 (1970), S. 502 ff.
Nachwort zur Neuauflage von Iherings "Culpa in contrahendo" und Staub's "Die positiven Vertragsverletzungen" Tübingen 1969, S. 131 ff.
(zit.: E. Schmidt, Nachwort)
- Schmidt, Georg Das Schadensersatzrecht des Entwurfs, Gutachten aus dem Anwaltsstand, Berlin 1890, S. 1183 ff.
(zit.: G. Schmidt, Gutachten)
- Schmidt, Reimer Rationalisierung und Privatrecht, AcP 166 (1966), S. 22 ff.

- Schmidt, Reimer Einige Gedanken zum Referenten-
entwurf eines Gesetzes zur Änderung
und Ergänzung schadensrechtlicher
Vorschriften, Festschrift für
Felgentraeger, Göttingen 1969,
S. 367 ff.
(zit.: R. Schmidt, Festschrift)
- Schulz, Fritz Die Haftung für das Verschulden
der Angestellten im klassischen
römischen Recht, GrünhZ 38 (1911),
S. 9 ff.
- Schütz, Victor Die Haftung für das Verschulden
von Gehülfen, Diss. Minden 1901
- Schwartz, Ernst Die Geschichte der privatrechtlichen
Kodifikationsbestrebungen in Deutsch-
land und die Entstehungsgeschichte
des Entwurfs eines bürgerlichen
Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
ArchBürgR 1 (1889), S. 1 ff.
- Schweppe, Albrecht Das römische Privatrecht in seiner
heutigen Anwendung, Bd. 3, 4. Aufl.
Göttingen 1831
- Schwerin, Claudius v. Rechtsgeschichte und Rechtser-
neuerung, Schriften der Akademie
für deutsches Recht, 1938
- Seiler, Hans-Hermann Die deliktische Gehilfenhaftung
in historischer Sicht, JZ 1967,
S. 525 ff.
- Seuffert, Lothar Die allgemeinen Grundsätze des
Obligationenrechts in dem Entwurfe
eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für
das Deutsche Reich, Berlin 1889
- Simitis, Spiros Grundfragen der Produzentenhaftung,
Tübingen 1965
- Sintenis, Carl F.F. Das Practische Gemeine Civilrecht,
Bd. 2, 2. Aufl., Leipzig 1861
- Soergel, Hans Theodor
- Siebert, Wolfgang u.a. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, Bd. 2 und 3, 10. Aufl.,
Stuttgart 1967/69
(zit.: Soergel-Bearbeiter)

- | | |
|--|---|
| Sohm, Rudolf | Institutionen des römischen Rechts
14. Aufl., Leipzig 1911 |
| Staub, Ernst | Die positiven Vertragsverletzungen
Berlin 1904 |
| Staudinger, Johann v.u.a. | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Teil 1c und 4. Teil,
11. Aufl., Berlin 1967
(zit.: Staudinger-Bearbeiter) |
| Steindorff, Ernst | Repräsentanten- und Gehilfenver-
sagen und Qualitätsregelungen in
der Industrie, AcP 170 (1970), S.
93. ff. |
| Stintzing, Roderich
-Landsberg, Ernst | Geschichte der deutschen Rechts-
wissenschaft, III. Abtl., 2. Halb-
band, München /Berlin 1910 |
| Stobbe, Otto | Geschichte des deutschen Vertrags-
rechts, Berlin 1855 |
| Stoll, Hans | Zum Rechtfertigungsgrund des ver-
kehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958
S. 137 ff. |
| Strohal, Emil | Zur Beurtheilung des Rechtes der
Schuldverhältnisse nach der zweiten
Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen
Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,
IherJb 33 (1894), S. 361 ff. |
| Süß, Theodor | Außerdeliktische Haftungen, DRWiss
1942, S. 185 ff. |
| Thöl, Heinrich | Das Handelsrecht, 3. Aufl.,
Göttingen 1854 |
| Thur, Andreas v. | Die Litteratur zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, DJZ 4 (1899), S.304 ff. |
| Ubbelohde, August | Über die Haftung des Geschäftsherrn
aus der Verschuldung der in seinem
Geschäft angestellten Personen bei
der Erfüllung übernommener Verbind-
lichkeiten,
ArchpraktRW, 7 (1860), S. 229 ff.

Wie weit haftet nach gemeinem Recht
der Schuldner als solcher für die-
jenigen Personen, deren er sich zum
Zwecke der Erfüllung seiner Verbind-
lichkeit bedient, ZHR 7 (1864),
S. 199 ff. |

- Unger, Joseph Handeln auf eigene Gefahr,
Jena 1904
- Vangerow, Karl A.v. Leitfaden der Pandektenvorlesung
Marburg/Leipzig 1838
(zit.: Vangerow, Leitfaden)
Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
Marburg/Leipzig 1876
(zit.: Vangerow, Lehrbuch)
- Vogel, Hellmut Der nach § 831 zulässige Ent-
lastungsbeweis der sorgfältigen
Auswahl bei Großbetrieben, Diss.
Dresden 1935
- Wächter, Carl Georg v. Pandekten, Leipzig 1880/81
- Wäntig, H. Haftung für fremde unerlaubte
Handlungen nach römischem, ge-
meinem, königlich sächsischem
und neuerem deutschen Reichsrecht,
Leipzig 1875
- Weigert, Hans Werner Die außervertragliche Haftung von
Großbetrieben für Angestellte,
Berlin 1925
- Weitnauer, Hermann Grundsätze der Haftung, Karls-
ruher Forum 1962, S. 3 ff.
Gedanken zu Stand und Reform des
Schadensersatzrechts, VersR 63,
S. 101 ff.
Aktuelle Fragen des Haftungsrechts
VersR 70, S. 585 ff.
- Wesenberg, Gerhard Neuere deutsche Privatrechtsge-
schichte - im Rahmen der
europäischen Rechtsentwicklung,
2. erw. Aufl. Lahr 1969
- Westermann, Harry Haftung für fremdes Handeln,
JuS 1961, S. 333 ff.
- Westrum, Anton Bemerkungen bezüglich des Rechts
der Schuldverhältnisse, Gutachten
aus dem Anwaltsstande, Berlin 1890,
S. 231 ff.

- Wieacker, Franz Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit
im Bürgerlichen Recht, JZ 1957
S. 535 ff.
- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
unter besonderer Berücksichtigung
der deutschen Entwicklung,
2. Aufl. Göttingen 1967
(zit.: Wieacker, Privatrechtsge-
schichte)
- Das Sozialmodell der klassischen
Privatgesetzbücher und die Ent-
wicklung der modernen Gesellschaft
1953, Schriftenreihe der Juristi-
schen Studiengesellschaft Karls-
ruhe, Heft 3
- Das Bürgerliche Recht im Wandel
der Gesellschaftsordnungen, Hundert
Jahre Deutsches Rechtsleben, Fest-
schrift zum Hundertjährigen Bestehen
des DJT 1860-1960, Bd. 2 S. 1 ff.,
Karlsruhe 1960
(zit.: Wieacker, Festschrift)
- Pandektenwissenschaft und Indus-
trielle Revolution, JurJb 9, S. 1 ff.
- Wilke Burkhardt Die Haftung des Arbeitgebers für
unverschuldet eingetretene Sach-
schäden des Arbeitnehmers, Diss.
Köln 1969
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, Frank-
furt, 3. Aufl. 1870, 4. Aufl. 1875,
5. Aufl. 1882, 7. Aufl. 1891,
9. Aufl. 1906,
(zit.: Windscheid, Pandekten, Aufl.)
- Wussow, Werner Das Unfallhaftpflichtrecht, 11. Aufl.
Köln/München 1972
- Zur Lehre von der Sozialadäquanz,
NJW 1958, S. 891 ff.
- Wyß, Paul Friedrich v. Die Haftung für fremde Culpa nach
Römischem Recht, Zürich 1867
- Zachariae, Karl Salomo Handbuch des französischen Civil-
rechts, 8. Aufl. Freiburg 1894/95
(mitherausgegeben von Carl Crome
und v. Lingenthal)

- Zander, Heinz Die Haftung für Verrichtungsgehilfen. Ihre Schwächen und die Versuche der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft diesen abzuhelpfen. Ein Vergleich des deutschen schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss. Tübingen 1966
- Zeller, Hein Haftung für andere, ein ungelöstes Problem, Akademische Zeitschrift 1939, S. 164 ff.
- Zilken, Franz Notwendigkeit einer Reform des § 831 BGB, Diss. Köln 1940

Protokolle und Materialien

- Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten
nebst Motiven, Amtliche Ausgabe,
Berlin 1857
- Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
1. Lesung, Amtliche Ausgabe,
Berlin/Leipzig 1888
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe,
Berlin/Leipzig 1888
- Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
2. Lesung, Amtliche Ausgabe,
Berlin 1893
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst
drei Anlagen, Amtliche Ausgabe,
Berlin 1896
- Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung
schadenersatzrechtlicher Vorschriften, Karlsruhe 1967

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abschn.	Abschnitt
Abtl.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Akademie für deutsches Recht	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
ArbG	Arbeitgeber
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchPraktRW	Archiv für die praktische Rechtswissenschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Beschl.	Beschluß
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Bundestag
CC	Code Civil
C.d.c.	Code de commerce
DJ	Deutsche Justiz
D	Digesta
J.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag

DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRWiss	Deutsche Rechtswissenschaft
DSL	Drittschadensliquidation
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
ff. (f.)	folgende
FamRZ	Familienrechts-Zeitschrift
Fußn.	Fußnote
GruchBeitr	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GrünhZ	Grünhuts Zeitschrift
GS	Großer Senat
HaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
h.M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
insbes.	insbesondere
i.e.	im einzelnen
IherJb	Iherings Jahrbücher für die Dog- matik des Bürgerlichen Rechts
i.V.	in Verbindung
JR	Juristische Rundschau
JurJb	Juristische Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Karlsruher Forum	Beiheft zum Versicherungsrecht
KG	Kammergericht
Krit. Vierteljahresschrift	Kritische Vierteljahresschrift
LG	Landgericht
l	lex
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlage- werk des BGH

loc. cond. operis	locatio conductio operis
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
preuEisenbahnG	Gesetz über die Eisenbahnunter- nehmungen vom 3.11.1838
RabelsZ	Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
Rdnr	Randnummer
ReichshaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz vom 7.6.1871
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundes- richtern
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rspr	Rechtsprechung
S.	Seite; bei Paragraphen: Satz
SeuffArch	Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SchuldR	Schuldrecht
Sp.	Spalte
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tit.	Titel
u.a.	und andere
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WarnRspr	Warneyers Rechtsprechung des RG auf dem Gebiete des Zivilrechts
z.B.	zum Beispiel
ZdG	Zeitschrift für deutsche Geschichte

ZDR	Zeitschrift für Deutsches Recht
zgD	zugunsten Dritter
ZGesStW	Zeitschrift für die gesamte Staats- wissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

Einleitung

I. Wandel im Recht der Gehilfenhaftung

Der im Januar 1967 veröffentlichte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften hat bei der deliktischen Gehilfenhaftung versucht, einer seit Bestehen des § 831 BGB feststellbaren Unzufriedenheit Rechnung zu tragen ⁽¹⁾. Nach der veränderten Fassung soll § 831 dem § 278 angeglichen werden, insbesondere soll Voraussetzung für die Haftung nicht mehr ein Verschulden des Geschäftsherrn sein. Wie bei der Breite des Problems und der Vielfalt der sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte nicht anders zu erwarten, wurde die Entwurfslösung sehr bald zum Gegenstand lebhafter Kritik. Während die Praktiker weitgehend zustimmten, hielt die überwiegende Rechtslehre den Entwurf nicht nur für bedenklich, sondern sogar für überflüssig und unnötig.

Das parlamentarische Verfahren ist bisher nicht weitergekommen. Wie eine veränderte Fassung des § 831 BGB aussehen wird, bleibt also vorläufig offen. Die Einwände, die gegen die Neufassung vorgebracht werden, scheinen freilich den Schluß zuzulassen, daß es bei der ins Auge gefaßten Neuregelung nicht bleiben wird ^(1a). Zumindest wird man sich erneut mit den Bedenken gegen den Entwurf auseinanderzusetzen haben, meist Bedenken, die so alt sind, wie der Entschluß, die Haftung für Gehilfenverschulden in einer allgemeinen Regelung zu erfassen.

1) Referentenentwurf 67, Bd. 2, S. 83 ff.

1a) vgl. auch neuesten Hinweis in der Süddeutschen Zeitung vom 4. Januar 1973, S. 9

Blendet man in die Entstehungsgeschichte des § 831 BGB zurück, so zeigt sich nämlich, daß § 831 schon damals ein besonderer Streitpunkt war. Weit ruhiger verlief zwar die Entwicklung der vertraglichen Gehilfenhaftung. Hier hatte der Erneuerungsprozeß aber schon früher eingesetzt und damit auch alle damit zusammenhängenden Schwierigkeiten. Gleichwohl lassen sich bei der Frage der vertraglichen und deliktischen Gehilfenhaftung verwandte Problemkreise feststellen, die mit nur geringer Veränderung immer wieder die Diskussion belebten. Allein schon deshalb bietet sich eine gemeinsame Betrachtung an. Unabhängig von dem allgemeinen Wert rechtsgeschichtlicher Betrachtung für die Bedeutung und das Verständnis eines Rechtsinstituts gewinnt zudem die gezielte historische Problemanalyse, die Erfassung des Hintergrunds, vor dem sich die Einordnung und der Versuch der Lösung dieser Haftungsfragen abspielte, da besonderes Gewicht, wo rechtstheoretische Grundfragen und praktisch-wirtschaftliche Notwendigkeiten gegensätzlich sind.

II. Einführung zum Problem

Die Geschichte der Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen ist eine ziemlich junge. Weder dem römischen noch dem germanischen Recht stellte sich diese Frage als allgemeiner Komplex. Es war eine Grundauffassung der klassischen römischen Juristen, daß der Schuldner nur für eigenes Verhalten einzustehen habe, wovon nur aus ganz besonderen Gründen, etwa der bona fides eine Ausnahme zu machen sei. Freilich erforderte die wirtschaftliche Betätigung der Römer durch ihre Sklaven ein Einstehen für diese, da für den Verletzten der Zugriff auf den handelnden Sklaven selbst illusorisch war, andererseits aber

Wirtschaft und Handel ohne Haftungsobjekt bei Schädigungen durch Sklaven nicht hätten bestehen können.⁽²⁾

Ähnlich findet sich im frühen germanischen Recht unter dem Einfluß der "munt" eine umfassende Haftung des Herrn für alle Schädigungen innerhalb des hausherrschaftlichen Gewaltbereichs, aber kein spezifisches Einstehen nur für Gehilfenhandeln. Darüber hinaus sind es verschiedene Einzelfälle, in denen diese Prinzipien modifiziert, erweitert bzw. eingeschränkt werden. Eine handwerkliche oder gar betriebliche Gemeinschaft, die das Verhältnis des Arbeiters oder Angestellten gegenüber dem Meister oder Betriebsherrn aus dem hausherrschaftlichen Bereich herausgehoben hätte, war jener Zeit fremd.

Neben dieser allgemeinen Haftung des Gewalthabers bestand im Vertrags- wie Deliktsrecht für einzelne Fälle eine je nach Sachlage schwächere oder stärkere Haftung, ohne daß sich daraus ein durchgängiges System hätte erkennen lassen.

Erst Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts - zu Beginn der in der Wirtschaftsgeschichte als "industrielle Revolution" apostrophierten Epoche - kristallisieren sich aus der römisch-rechtlichen custodia-Haftung einzelne Elemente als erster systematischer Bezugspunkt für eine allgemeine Gehilfenhaftung heraus.

2) Jörs - Kunkel, Römisches Privatrecht, S. 266

Erstmalig stoßen unter der unumschränkten Herrschaft der pandektistischen Rechtslehre das culpa-Prinzip einerseits und das der Praxis entstammende Bedürfnis für eine unbedingte Einstandspflicht andererseits aufeinander. Man beginnt die Haftung für Gehilfen als systematisches Problem zu sehen. Hinzu kommt die Erkenntnis, daß sich durch die überlieferte Einteilung des Schuldrechtes das Problem in zwei verschieden akzentuierten Bereichen stellt.

III. Anliegen der Arbeit

Die vorliegende Arbeit will dieser Einteilung folgend die Entwicklung der vertraglichen und der deliktischen Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen aufzeigen. Dabei geht es vor allem darum festzustellen, ob sich gemeinsame Vorstellungen und Tendenzen, die sich seit der Erfassung des Problems zeigten und die schließlich zur gesetzlichen Regelung in § 278 und in § 831 BGB führten, über den gesetzgeberischen Akt hinaus in Rechtslehre und Rechtsprechung bis zum Referentenentwurf von 1967 hin verfolgen lassen.

Der dogmengeschichtlichen Entwicklung sollen die praktischen Bedürfnisse und Notwendigkeiten gegenübergestellt werden, die Ausgangspunkt für manche scheinbar rechtstheoretisch sich gebende Argumentation waren. Aus dieser Zielsetzung heraus ergibt sich, daß weder das römische noch das germanische Recht in die Untersuchung mit einbezogen werden konnten. Zwar sind auch bei der Gehilfenhaftung die dogmatischen Ansatzpunkte im römischen Recht zu finden, als Problem ist diese Frage jedoch ein eigenständiges Produkt der Pandektenlehre, wie der Diskussionsbeitrag der Pandektisten zeigt ⁽³⁾. Ebenso wurde auf rechtsvergleichende Überlegungen verzichtet. Die Einbeziehung des Code Civil war

3) vgl. unten im Abschnitt Wissenschaft und Rechtsprechung

freilich - wie sich zeigen wird - wegen seines besonderen Einflusses auf die zentralen Fragen dieser Arbeit und die seit über hundert Jahren sich hinziehende und in hohem Maße von den Gedanken des CC beeinflusste Diskussion unabweislich. Zugleich wird deutlich, daß die in neuester Zeit immer mehr, vornehmlich bei der deliktischen Gehilfenhaftung sich zeigende vielschichtige Problematik wenigstens eines knappen Überblickes bedarf, um die Möglichkeit nicht abzuschneiden, Verbindungslinien zur Gegenwart zu erkennen. Die Gehilfenhaftung wird in besonderem Maße durch ihre Geschichte geprägt. Ihre Veränderung kann daher nur im Verständnis dieses rechtsgeschichtlichen Zusammenhangs verfolgt und erfaßt werden.

Die Untersuchung setzt zu Beginn des 19. Jahrhunderts ein, befaßt sich mit Lehre und Rechtsprechung und gibt einen Überblick über die Gesetzgebung. Dabei werden besonders die Arbeiten des 17. und 18. DJT berücksichtigt. Die Entwicklung der Gehilfenhaftung wird dann verfolgt bis zur Gegenwart, wobei besonderes Gewicht auf § 831 BGB gelegt wird.

IV. Klärung der Begriffe

Unter Gehilfenhaftung ⁽⁴⁾ versteht man gewöhnlich die Haftung des Geschäftsherrn für Verletzungshandlungen seiner Gehilfen, ohne daß man sich damit schon terminologisch auf eine der mit dieser Bezeichnung angesprochenen Bestimmungen des Schuldrechts festgelegt hätte. Nach einer erstmals wohl bei Asmis ⁽⁵⁾ anzutreffenden Bezeichnung versteht man heute allgemein unter "Erfüllungsgehilfen" ⁽⁶⁾

4) Teilweise wird auch von "Geschäftsherrnhaftung" gesprochen, um - wie sonst üblich - die Person zu bezeichnen, die haftet.

5) Rudolf Asmis. Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, Greifswald 1902.

6) Dieser Begriff paßt freilich nur, soweit der Gehilfe Erfüllungshandlungen vornimmt, nicht jedoch, soweit es um die allgemeinen vertraglichen Schutz- und Obhutspflichten geht, für die § 278 auch gilt; vgl. Schmidt, AcP 170, S. 509, der deshalb die allgemeinere Bezeichnung "Bewahrungsgehilfe" vorschlägt

die Gehilfen im Sinne von § 278 BGB, während sich bei § 831 BGB der Begriff des Verrichtungsgehilfen durchgesetzt hat.

Nach dem Bereich, dem die entsprechende Haftungsnorm zugehört, spricht man bei der Haftung für Erfüllungsgehilfen von vertraglicher, bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen von deliktischer Gehilfenhaftung.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfenhandeln, berührt also weder die Haftung der juristischen Personen oder des Staates noch befaßt sie sich mit der Haftung des Gehilfen selbst oder für andere Personen als Gehilfen. So bleiben sowohl der gesetzliche Vertreter, wie auch der Substitut, der anstelle des Schuldners eigenverantwortlich die Leistungserfüllung übernimmt ⁽⁷⁾, und auch die Repräsentantenhaftung außer Betracht.

Unter Haftung werden lediglich die Fälle der Zurechnung fremden Verhaltens verstanden und auch nur soweit, als sich daraus eine Verpflichtung zum Schadenersatz ergibt. Damit scheidet insbesondere die Haftung des Geschäftsherrn für eigenes vertragswidriges Verhalten aus.

Auf eine zuweilen in diesem Zusammenhang vernachlässigte Unterscheidung der vertraglichen und deliktischen Gehilfenhaftung im BGB ist der Klarheit wegen hinzuweisen. § 278 ist lediglich Zurechnungsnorm, führt also zu einem Anspruch nur in Verbindung mit einer Haftungsnorm (z.B. aus Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung), während § 831 Zurechnungs- und Haftungsnorm ist, also einen eigenen Anspruch gewährt ⁽⁸⁾.

7) Die Abgrenzung zum Gehilfen, Motive, amtliche Ausgabe II, S. 533 = Mugdan II, S. 298.

8) ausführlich Westermann, JuS 61, S. 335; die Begriffe der Haftungs- und Zurechnungsnorm werden im folgenden jedoch nicht in diesem strengen Sinne getrennt.

1. Abschnitt

Wissenschaft und Rechtsprechung im 19. Jahrhundert

I. Vorbemerkung:

Eine Bestandsaufnahme des haftungsrechtlichen Verständnisses zu Beginn des 19. Jahrhunderts sieht sich im Brennpunkt verschiedener rechtstheoretischer Ansatzpunkte. Die Rezeption, die in den Arbeiten des "usus modernus" unmittelbare Ausstrahlung auf die privatrechtlichen Institutionen findet, fließt ebenso ein, wie die preußische Rechtslehre und die soeben erstarkte Pandektenwissenschaft. Trotz des einheitlichen Strebens nach einer Systematisierung des Zivilrechts zeigt sich eine je nach Provenienz der Autoren recht unterschiedliche Behandlung der haftungsrechtlichen Fragen.

II. Die historische Schule

1. Während Löhr ⁽¹⁾ in einer ersten Bearbeitung der Culpalehre im wesentlichen nur eine Bestandsaufnahme vorlegt und seine Darstellung, auch bei der Gehilfenhaftung, streng auf das bestehende System des gemeinen Rechts hin ausrichtet, also nur Ausnahmen von der reinen Verschuldenshaftung in den bekannten Fällen der nautae, caupones und stabularii ⁽²⁾ und für den Hausherrn bei der actio de effusis vel ejectis ⁽³⁾ zuläßt ⁽⁴⁾, bemüht sich Hasse ^(4a) um eine umfassende aus den Quellen entwickelte, gleichwohl

1) Die Theorien der Culpa, Gießen 1806; Ferdinand v. Löhr (1784 - 1851) zeichnete sich insbesondere durch verschiedene rechtshistorische Arbeiten zum römischen Recht aus. Löhr gehört zwar nicht zum engen Kreis um Savigny. Seine Stoffauswahl und seine Methode zeigen ihn jedoch als Repräsentanten der historischen Rechtsschule (vgl. Landsberg-Stintzing III, 2 S. 291).

2) aaO S. 197

3) aaO S. 199

4) v. Löhr nennt das "Fälle, wo bay wirklich vorhandener culpa gegen einen Unschuldigen eine Klage gegeben ist".

4a) Hasse, Culpalehre, S. 410 ff.

den gegenwärtigen Verhältnissen angepaßte Culpalehre. Beide Autoren bedienen sich der historischen Methode Savigny's ⁽⁵⁾, wobei Hasse jedoch nicht die unmittelbare und ausschließliche Geltung des justinianischen Rechts vertritt. Er verknüpft den Quellenbestand mit den Bedürfnissen der Zeit und untersucht so auch erstmals unter diesem Blickwinkel die Frage nach der Gehilfenhaftung. Mit dieser Methode sichert sich Hasse insbesondere die Zustimmung der Praktiker des gemeinen Rechts ⁽⁶⁾.

2. Die Grundregel entnimmt Hasse dem Satz ⁽⁷⁾: "Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit." Niemand könne von seinem Schuldner mehr verlangen, als einen "tüchtigen, bewährten Menschen" anzustellen. Dabei geht Hasse davon aus, daß sich der Schuldner - soweit nicht persönliche Leistung vereinbart sei - dritter Personen bedienen darf. Verursache der als tüchtig bekannte Gehilfe gleichwohl einen Schaden, so habe diesen der andere (= Gläubiger) zu tragen.

Da der Verletzte die Hilfspersonen normalerweise nicht kenne, sei ihm aber nicht zuzumuten, deren Untüchtigkeit zu beweisen. Vor allem könne man im Zweifel annehmen, daß derjenige, der sich fehlerhaft verhalte, auch schlecht ausgewählt sei.

5) vgl. Stintzing - Landsberg S. 289, 291.

6) Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Aufl., Göttingen 1831 Bd.III § 542, beim Deliktsrecht; ausdrücklich Sintonis, Das Practische Gemeine Civilrecht, Bd.II, 2. Aufl. Leipzig 1861, S. 331 ff.

7) Culpalehre S. 410 ff.

Der Schuldner habe daher die Beweislast zu tragen, daß der Gehilfe nicht schlecht ausgewählt sei. Er habe jedoch nur zu beweisen, daß der Dritte derartige Tätigkeiten bislang stets gut ausgeführt habe. Daraus folge wiederum, daß nur da, wo eine derartige Gehilfenauswahl möglich oder vernünftigerweise denkbar sei bzw. von einem ordentlichen Herrn erwartet werden könne, auch diese Vermutung und damit die Beweislastumkehr eingreifen dürfe.

In den Fällen, in denen man eine vorherige Prüfung des Dritten nicht erwarten könne, gelte die Beweislastregel nicht. Als Beispiel wird der unvorsichtige Umgang der Dienstboten mit Feuer angeführt. Der Herr hafte für einen dabei entstandenen Schaden nur, wenn er allgemein seine Aufsichtspflicht über Feuer und Licht verletzt habe.

Damit erkennt Hasse für die gängigen Vertragstypen - Übernahme der Bewahrung oder Fortschaffung einer fremden Sache, Zustellung dieser an einen anderen, Übernahme des Geschäfts für den anderen oder in Beziehung zu einer Sache - eine culpa in eligendo mit umgekehrter Beweislast an.

Je nachdem, wobei der Schaden eingetreten ist, bejaht er auch eine culpa in custodiendo, und hebt diese in den Fällen hervor, in denen die Beweislastregel der culpa in eligendo nicht eingreift. Dabei macht Hasse das Verschulden stets von der allgemeinen Verkehrsanschauung (im Sinne eines moralischen Vorwurfs aller vernünftig Denkenden) abhängig, indem er sehr eindrücklich auf das objektivierete Verschulden abstellt (8).

8) Hasse, aaO §§ 13 ff., 26. Als Schüler Savigny's ist Johann Christian Hasse (1779 - 1830) Vertreter der frühen Blütezeit der historischen Schule. Als Germanist und Schüler Thibauts schafft er jedoch andererseits die gedankliche Verbindung zum usus modernus und zur Praxis der neueren Gesetzgebung. Die systematischen Bedenken der späten Zivilrechtswissenschaft gegen die historische Rechtsschule mindern die wissenschaftlichen Ergebnisse Hasses daher nicht (vgl. Landsberg-Stintzing III, 2 S. 289 ff.)

Im Ansatz wird die Trennung der vertraglichen von der deliktischen Haftung angedeutet, ohne daß dieser systematische Schritt zur Einteilung des Schuldrechts allgemein schon bei der Gehilfenhaftung seinen Niederschlag gefunden hätte. Die neu entwickelten Gedanken beschränken sich zunächst rein auf den vertraglichen Bereich. Dabei mutet die Einschränkung der Beweislastregel für die culpa in eligendo reichlich begriffsjuristisch an. Keinen Zweifel läßt Hasse daran, daß die Zurechnung eines schädigenden Ereignisses, von der culpa des Haftenden abhängig bleibt ⁽⁹⁾, casus also von dem zu tragen ist, den er trifft. Insofern steht er auch ganz auf dem Boden des traditionellen Standpunkts.

3. Mehr noch als bei Hasse wird bei Puchta das dogmatische, systematische und konstruktive Bemühen sichtbar, das die historische Schule nicht als Hort von Historismus oder Romanismus, sondern als die Möglichkeit verstand, von rechtsgeschichtlich bestehenden Begriffen und Wertungen her ein lückenloses Rechtssystem abzuleiten oder begrifflich zu konstruieren ⁽¹⁰⁾. So ist Puchta in mehrerer Hinsicht

9) aaO § 26: Die Zurechnung kann außerhalb von Obligationen nicht über die culpa levis hinausgehen. Das entspricht "der Natur der Sache und den Ansprüchen, welche Menschen gemeinhin aneinander machen und billigerweise machen können. Ein gleiches aus gleichen Gründen gilt aber auch dann, wenn die Verbindlichkeit zur Achtsamkeit und zum Fleiß aus einer Obligatio entsprang".

10) Puchta, Pandekten 1. Aufl. Vorrede S. VI ff., vgl. hierzu auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 400 m.w.N.

Begründer eines Verständnisses, das während des ganzen 19. Jahrhunderts Einfluß auf das Zivilrecht und speziell auf die Frage der Gehilfenhaftung haben sollte ⁽¹¹⁾.

Die aus den römischen Quellen gewonnene Überzeugung, daß nur für verschuldete Handlungen gehaftet werde, ist für ihn ein Axiom, aus dem heraus er die Lösung der Einzelfragen gewinnt.

Für casus wird nur gehaftet, wenn der Schuldner ihn übernommen hat. Dazu zählt Puchta auch die Übernahme der culpa anderer. Diese Übernahme kann auch stillschweigend erfolgen, wenn sich etwa jemand zu einem Geschäft vermietet, zu dem er Gehilfen zuzieht. Damit stützt er die Haftung hier auf eine vertragliche - wenn auch fingierte - Abrede. Die Voraussetzung einer vertraglichen Vereinbarung aber ist nötig, da für ihn nach allgemeinen Grundsätzen eine Haftung entfielen würde. Die unbeschränkte Haftung gilt jedoch nur ausnahmsweise. Bei der Rückgabe einer geliehenen Sache durch einen Boten haftet z.B. der Schuldner nur für culpa in eligendo ⁽¹²⁾.

Schon bei Hasse ⁽¹³⁾ war die Tendenz - wenn auch mit Einschränkungen - sichtbar, den Verschuldensgrad und damit die Haftung des Schuldners je nach Vertrags-

11) Georg Friedrich Puchta (1798 - 1846) ist Schüler Savigny's und gilt als der Begründer der klassischen Begriffs- oder auch "Konstruktionsjurisprudenz". Sein Versuch, auf dem Wege rechtswissenschaftlicher Deduktion Entscheidungen und Rechtsfragen "produktiv zu konstruieren", schafft ihm in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine begeisterte Anhängerschaft. Puchta trägt mit seinem Begriffsformalismus wesentlich zum Auseinanderlaufen von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit bei (vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 399 ff., Landsberg-Stintzing III 1. 609 ff., Larenz, Methodenlehre, S. 16 ff.)

12) Puchta, Vorlesungen über das heutige Römische Recht II, Leipzig 1855 § 302, S. 160.

13) aaO Anhang III, S. 516.

typus oder dem entsprechenden Vorteil (14)
am Geschäft verschieden zu bestimmen (15).
In dieser Weise scheint auch Puchta differenzieren zu wollen (16).

-
- 14) Das römische wie auch das preußische Recht hielten sich übereinstimmend an den Gedanken, daß geringere Anforderungen an die zu beachtende Sorgfalt zu stellen sind, wenn das Geschäft keinen Vorteil erwarten läßt, 1. 108 § 12 de legat. I. 1. 5 § 2, 1. 18 pr. D XIII 6. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht, 1855 Bd. III s. 392, Fußn. 2, ALR I, 5 §§ 278 - 280, Sächs. Gesetzbuch § 728.

Ähnlich im Prinzip auch das ältere deutsche Recht, wobei es allerdings darum ging, ob für Schuld oder Zufall zu haften sei, weil eine Abstufung nach Verschuldensgraden noch fremd war (Albrecht, Gewere S. 134 ff., Förster, in Zeitschr. f.d.t. Recht Bd. 9, S. 104 ff., Stobbe aaO S.290 ff.)

- 15) Der Depositar hat regelmäßig keinen Anteil am Geschäft, also haftet er für dolus und nur für culpa lata. Anders beim Typus von Commodat, Kauf und Sachmiete, bei denen auch für culpa levis einzustehen ist. Sind diese Verträge jedoch von der Anlage her anders, d.h. untypisch bestimmt, ändert sich auch entsprechend die Præstation der culpa, wie das insbesondere beim Commodat geschehen kann. Dieser Gedankengang hat in §§ 521, 599 BGB seinen Niederschlag gefunden (Mugdan II, S.164, 249), ohne daß sich allerdings die Haftung je nach Ausgestaltung des Einzelvertrages ändern würde, es sei denn es wird eine ausdrückliche Haftungsklausel in den Vertrag mit aufgenommen.
- 16) Puchta, Das heutige Römische Recht, Bd.II, S.99 ff.: Der Depositar, Pfandgläubiger und Mieter hat custodia zu vertreten, d.h. eine starke Vermutung spricht dafür, er kann sich jedoch entlasten durch den Nachweis, daß jede culpa fehlte. Hat der Verkäufer jedoch custodia ausdrücklich übernommen, ist jener Beweis nicht zugelassen. Beim Commodat wird schließlich schlechthin vorausgesetzt, daß der Commodatar haftet, also mangelnde custodia vorliegt, auch bei casus wie etwa einem Diebstahl.

Am deutlichsten wird diese Tendenz jedoch bei von Keller, der über die bisherigen Haftungsmodalitäten bei der locatio conductio operis hinausgeht und den Schuldner für jede schuldhaftige Schädigung haften läßt. Dabei macht es keinen Unterschied "ob die unmittelbare Schuld ihm selbst zur Last falle oder jemandem von den Leuten, deren er sich bediene"⁽¹⁷⁾. Keller erkennt auch den dadurch herbeigeführten Bruch mit der im gemeinen Recht herrschenden Auffassung und betont, daß die Haftung "nicht wie bei der Sachmiete auf die bloße culpa in eligendo beschränkt werden" dürfe. Er bezieht sich in seiner Begründung auf eine Anmerkung von Witte⁽¹⁸⁾ zu zwei Urteilen, die eine Haftung für Gehilfen über die Rezeptenhaftung hinaus auch bei der locatio conductio operis angenommen hatten. Das Ergebnis glaubt er, wie auch Witte⁽¹⁹⁾, aus den in den Quellen angeführten⁽²⁰⁾ Eigenarten der locatio conductio operis entnehmen zu können, deren Wesen die universitas consumationis sei, also die Gesamtheit dessen, was zur Vollendung des Werkes gehöre. Diese Begründung ist von der Rechtsprechung⁽²¹⁾ durchwegs übernommen worden. Ihre Mängel hat insbesondere Enneccerus auf dem 17. DJT⁽²²⁾ aufgezeigt.

Damit wird im Obligationenrecht - wenn auch nur für einen Teilbereich - die streng an ein Verschulden des Geschäftsherrn geknüpfte Haftung gelockert. Die Wissenschaft beginnt die praktischen Notwendigkeiten zu sehen, vor die die Rechtsprechung insbesondere durch die Verkehrsentwicklung gestellt wird. Die Konstruktion

17) Keller S. 644; vgl. hierzu auch Fritsch aaO S. 51 f.

18) L. Witte, Zwei Urtheile Zürcherischer Gerichte und Rechtsgutachten der Juristen - Fakultät Halle - Wittenberg, Zürich 1847.

19) aaO S. 54 ff.

20) d. l. 25 § 7 und l. 51 § 1

21) vgl. hierzu unten S. 45 ff.

22) unten im Abschnitt Die Juristentage, S. 109 f.

jedoch und die dogmatische Begründung fehlen einstweilen. Wenn auch nicht mehr den Haftenden selbst ein Verschulden treffen muß, das Verschulden der Gehilfen bleibt Voraussetzung der Haftung ⁽²³⁾ und täuscht über die Tatsache hinweg, daß das Verschuldensprinzip durchbrochen ist ⁽²⁴⁾.

III. Die preußische Rechtslehre

1. Das ALR hält sich bei der Gehilfenhaftung weitgehend an Grundsätze, die auch schon im gemeinen Recht bestanden. Es gilt also auch hier im Vertrags- wie im Deliktsrecht das Schuldprinzip ⁽²⁵⁾. Dabei beruft sich das ALR weniger auf die Quellen, als vielmehr auf die Billigkeit und die Natur der Sache. Die unbedingte Einstandspflicht des Prinzipals für seinen Institor aus

23) Die mehr ideologische Seite wird bei Hepp, Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838, deutlich, der sich zwar Gedanken über den rechtspolitischen Wert der Verschuldenshaftung macht, als ausgesprochener Gegner des Naturrechts - in paralleler Haltung zur allgemeinen Auffassung der historischen Schule (vgl. Bienenfeld aaO S. 37 f.) - aber am Verschuldensprinzip festhält. S. 168 f.: "Es fragt sich hier, soll der Schade denjenigen treffen, der ihn unverschuldet zugefügt hat oder denjenigen, welcher ihn ebenso unverschuldet erlitten hat. Einer von beiden muß freilich das Unglück tragen. Allein ist es nicht natürlicher, daß es derjenige trägt, in dessen Person es sich ereignet hat, als derjenige, in dessen Person es sich nicht ereignet hat?"

24) Die vielen Fälle der Haftung ohne Verschulden im gemeinen Recht und in den Kodifikationen zu Beginn des 19. Jahrhunderts (vgl. hierzu die ausführlichen Nachweise bei Bienenfeld aaO S. 21 ff.) werden entweder als uninteressant oder gar als "beachtenswürdige Anomalie" abgetan, bleiben also praktisch ohne wissenschaftliche Resonanz.

25) Bienenfeld, S. 21.

dem gemeinen Recht findet sich jedoch im ALR nicht. Ebenso haftet der Auftraggeber nicht für den von einem andern bei Ausrichtung eines erlaubten Auftrags verursachten Schaden, ebenso der Dienstherr und Handwerksmeister nicht für den von seinen Dienstboten, Gesellen und Lehrlingen verursachten Schaden ⁽²⁶⁾. Er haftet nur, wenn er sich bei der Auswahl eines untüchtigen Bevollmächtigten ein grobes oder mäßiges Versehen zuschulden kommen ließ. Dienstherr und Handwerksmeister haften, wenn sie einen Schaden wissentlich geschehen lassen oder wenn sie zu einem Geschäft ein dazu untüchtiges Gesinde, einen untüchtigen Gesellen oder Lehrlingen wissentlich bestellen. Einzige Ausnahme im vertraglichen Bereich bleibt § 930 Teil 1 Titel 11 Abschnitt 8, der - wie schon die römische *locatio conductio operis* ^(26a) - beim Werkvertrag bestimmt, daß der Werkmeister die Handlungen seiner Gehilfen wie eigene zu vertreten hat. Diese Besonderheit ist nicht nur eine gedankliche Brücke zum Römischen Recht, sondern vor allem zunftrechtlich bestimmt. Zugleich knüpft die Haftung an die Vorstellung der Hausgemeinschaft an, was deutlich wird in der subsidiären Haftung des Dienstherrn oder Meisters für die Schädigungen durch solche Personen, die er in

26) vgl. insbes. §§ 50 ff., §§ 60 ff. und § 65 Th. I Tit. 6, diese Vorschriften waren zugleich Vorbild bei der Haftung des Prinzipals für den Faktor, II 8 § 515, die Haftung für den Hausoffizienten, II 5 § 186, und die Haftung des Vieheigentümers für den Hirten, I 22 § 185.

26a) Man hielt damals die Stellung des Römischen Rechts zur Haftung bei der *loc. cond. operis* wohl noch für unstreitig, vgl. dazu aber die Juristentage, S. 89 ff.

Kenntnis ihrer gefährlichen Eigenschaften aufgenommen hat ⁽²⁷⁾, vor allem aber durch die Haftung des Prinzipals, wenn die Schädigung durch Gehilfen feststeht, die Person des Täters aber nicht nachweisbar ist ⁽²⁸⁾. Zwar war die handwerkliche Gewerbestruktur, die soziale Voraussetzung dieser Haftung, bei der Schaffung des ALR schon in der Auflösung begriffen. Die überlieferten Haftungsformen konnten sich jedoch hier wie auch anderswo nicht gleich schnell den veränderten Verhältnissen anpassen.

Im Unterschied zu allen späteren Haftungsformen ⁽²⁹⁾ galt die unbedingte Einstandspflicht sowohl für Fehler in der Ausrichtung des Geschäfts, wie für die Schadenszufügungen bei Gelegenheit derselben ⁽³⁰⁾, ein Standpunkt, der ernsthaft erst wieder in der Gegenwart aufgegriffen wird ⁽³¹⁾. Eine weitere Haftung des Herrn ohne sein Verschulden ist die Haftung des Wirtes für den Verlust und die Beschädigung der von ihm aufgenommenen Sachen der Reisenden ⁽³²⁾. Mit Ausnahme für höhere Gewalt oder für Zufälle, die nicht vorherzusehen und zu verhüten waren ⁽³³⁾, haftet er für jeden Schaden. In diesem Rahmen haftet er somit auch für die schädigenden Handlungen seiner Gehilfen. Zwar war der für das Römische

27) I, 6 §§ 62 ff.

28) § 68, vgl. in Anlehnung daran die Haftung der Hauswirte, §§ 66 - 68.

29) vgl. die insoweit einmütige Haltung bei der Schaffung des BGB, unten S.

30) Dernburg, Das Obligationenrecht § 68 II 2, ebenso Glück XIV S. 247; L. Mitteis, S. 288 Anm. 380.

31) vgl. unten S. 185 ff. im Abschnitt Die Entwicklung der Gehilfenhaftung seit 1900.

32) ALR II 8 §§ 444 - 455.

33) ALR II 8 § 447

Recht wichtigste Grund - die Kollusion der Wirte mit Dieben - inzwischen weggefallen. Die Begründung Ulpians galt im ALR aber noch immer: "quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiarum rerum comittere" (34).

2. Aus verschiedenen - hier unwesentlichen - Gründen (35) blieb die Resonanz der Wissenschaft auf die Schaffung des ALR zunächst sehr gering. Erst in den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts begann die lehrbuchartige Durchdringung des preußischen Zivilrechts. Soweit neue Gedanken zur Gehilfenhaftung aus diesem Kreis stammen, fallen sie somit in einen Zeitraum allgemeinen wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Umbruchs. Da andererseits eine allgemeine Vorschrift fehlt, die Haftung für andere vielmehr in vielen Einzelschriften geregelt wird, begnügt man sich weitgehend mit der Kommentierung des Textes. Fortschrittliche Gedanken, wie sie bei Hasse angeklungen sind und in der Rechtsprechung praktiziert wurden, finden sich nur vereinzelt, etwa bei Bornemann.
3. Zunächst legt Bornemann (36) die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen dar, wonach "der Natur der Sache nach für Schädigungen in der Regel nur der Schädiger" haftet. Haben mehrere zu dem schädigenden Erfolg beigetragen, haftet jeder nach dem Grad seines Verschuldens. Dieses Prinzip liege allgemein der Haftung der Herrschaften, Meister und Hauswirte im ALR zugrunde. Bedeutsam ist da-

34) 1 1 § 1 Dh.

35) vgl. dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 334 f.

36) Systematische Darstellung, S. 338;
Friedrich Wilhelm Bornemann (1798 - 1864)
schafft als Praktiker im preußischen Staatsdienst und entschiedener Anhänger des Rechtspositivismus erstmalig ein durchgängiges System des Preußischen Landrechts. Seine Auslegung und wissenschaftliche Durchdringung dieser Materie zeigen ihn als klaren Gegner der Methoden Savigny's.

bei die Tatsache, daß dieser Personenkreis, soweit der Täter feststeht, subsidiär haftet ⁽³⁷⁾. Ist jedoch unklar, wer der Täter ist, steht nur fest, daß der Schaden durch Gesinde, Handwerksgesellen, Lehrlinge oder Hausbewohner verursacht ist, haftet der Hausherr unmittelbar ⁽³⁸⁾. Diese Regelung knüpft deutlich an die alte deutschrechtliche Vorstellung von der Haftung kraft Hausgemeinschaft ⁽³⁹⁾ an ⁽⁴⁰⁾. Bornemann ⁽⁴¹⁾ sieht darin Parallelen zur actio de effusis vel ejectis ⁽⁴²⁾. Bornemann nimmt ein Urteil zum Anlaß, den Sphärengedanken, der in diesen Bestimmungen des ALR zum Ausdruck kommt, in vertragliche Verhältnisse hineinzuprojizieren. Es ging um die Frage, ob der Vermieter vom Mieter Ersatz verlangen könne für den Schaden an einer Tür, den die

37) ALR I 6 § 67

38) ALR I 6 § 68

39) Sie wird allerdings von Suarez in der revisio monitorum mit mehr rechtspolitischen Überlegungen gerechtfertigt: "Einestheils ist es billig, daß eher der Dienstherr oder der Hauswirt, dem doch allemal ein gewisser Grad von Unvorsichtigkeit in hypothesi zur Last bleiben wird, als daß der ganz unschuldige Damnificat darunter leide; anderntheils wird eine solche Disposition den Dienst- oder Hausherrn dahin bringen, den eigentlichen Täter desto sorgfältiger auszuforschen, wozu er weit eher und leichter gelangen kann, als der Damnificat."- Im ersten Argument findet sich ein gewisses Unbehagen, vom Verschuldensprinzip ganz abzusehen, während das zweite die unmittelbare, im Gegensatz zur ansonsten subsidiären Haftung des Herrn erklärt.

40) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3 S. 925.

41) ebenso Koch, Forderungen, Bd. II S. 547.

42) Er weist jedoch zutreffend darauf hin, daß bei der actio de effusis vel ejectis die unmittelbare Haftung unabhängig davon eintritt, ob der Täter feststellbar ist oder nicht, während § 68 nur anwendbar ist, wenn der Täter nicht ermittelt wurde, jedoch feststeht, daß der Schaden von einem der Räume des Herrn ausging.

Gesellen des letzteren verursacht hatten. Mit der lapidaren Erklärung, bei solchen Verträgen trete der Mieter als Familienhaupt auf, miete also das Quartier für seine Familie, Dienstboten und Gäste und hafte daher für von diesen angerichtete Schäden, findet hier Bornemann einen Rechtsgrund und bezieht Personen in Vertragsverhältnisse mit ein, wie das viel später bei den Vertragskonstruktionen zur Umgehung des § 831 BGB ausgebaut wurde ⁽⁴³⁾. Das ist vor allem deshalb erstaunlich, weil die Sphäre des Hausherrn nicht mehr aus allgemeinen Überlegungen ermittelt wird, sondern durch Vertragsauslegung bestimmt wird, welche Personen dazu gehören und welche nicht.

Im Hinblick auf seine allgemeine Feststellungen, daß eine Haftung des Herrn aus Handlungen anderer Personen nur eintritt, wenn dieser culpos oder dolos mitwirkend zum Beteiligten wird, ergibt sich jedoch keine grundsätzliche Abweichung zu den überlieferten Haftungsformen.

4. Ähnlich ist der Standpunkt der späteren Bearbeiter des preußischen Zivilrechts ⁽⁴⁴⁾.

Wichtig für die weitere Entwicklung ist nur die Behandlung der Gehilfenhaftung bei den allgemeinen Lehren und die getrennte Erörterung im Vertragsrecht und im Deliktsrecht ⁽⁴⁵⁾. Da jedoch das ALR den Rahmen für eine

43) vgl. unten S. 194 ff.

44) vgl. nur Dernburg, Obligationenrecht Bd. II § 38 und Förster, Theorie und Praxis Bd. I §§ 89 f.

45) Dernburg, Obligationenrecht § 38, §§ 131 ff., Förster, Theorie und Praxis Bd. I § 90, Bd. II § 151; Koch, Das Recht der Forderungen §§ 24 und 25; vgl. hierzu auch Fritsch, aaO S. 53 f.

Befassung mit dieser Frage in weitgehender Anlehnung an das römische Rechtsgut a priori einschränkte und zudem die preußische Zivilrechtswissenschaft einer überstarken Pandektenwissenschaft nicht gewachsen war, war von der preußischen Rechtslehre allenfalls ein punktueller Anstoß, aber kein essentieller Durchbruch bei der Gehilfenhaftung zu erwarten.

IV. Die Pandektisten

1. Trotz der offensichtlichen Berücksichtigung der Haftung für Dritte im ALR bleibt die Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfen bei der Pandektenwissenschaft zunächst eine Randerscheinung, die im Rahmen der allgemeinen Haftungslehre eine untergeordnete Rolle spielt. In den Lehrbüchern bis hinein in die zweite Jahrhunderthälfte finden sich nur vereinzelt Hinweise, die im wesentlichen aber das übernommene Prinzip und die geltende Praxis nicht in Zweifel ziehen ⁽⁴⁶⁾. Weshalb erst um die Mitte des Jahrhunderts das Problem aufgegriffen wurde, ist nicht ganz eindeutig. Zumeist wird die Gehilfenhaftung als eine für die Zu-

46) So Arndts, Lehrbuch der Pandekten, das zwar ungewöhnlich erfolgreich war - von der 1. Aufl. 1852 bis 1889 allein 14 Auflagen - aber selbst in der 14. Auflage das Problem der Gehilfenhaftung mit einer Verweisung in der Fußnote bei § 324 abtat; ebenso Brinz, Lehrbuch der Pandekten I, § 142 und S. 511 in der 1. Aufl.; anders allerdings in der 1879 erschienenen 2. Auflage.

nahme des Reise- und Handelsverkehrs brennende Frage angesehen ⁽⁴⁷⁾, die Haftung nicht nur der Verkehrsanstalten, wie Bahn oder Posten, sondern auch der Gewerbeherren und Handwerksmeister. War gerade für den Verkehr der Posten und teilweise auch für den der Eisenbahnen die Haftung noch in der ersten Jahrhunderthälfte partikularrechtlich und unabhängig von jeder Systematik bestimmt worden, war man nun bestrebt, die Frage ganz allgemein zu lösen.

Kontroverse Lösungsmöglichkeiten ergaben sich als Folge verschiedener Einzeldarstellungen. Vor allem die Frage, ob der Prinzipal allgemein innerhalb vertraglicher Verhältnisse und besonders bei der *locatio conductio operis* für das Gehilfenverschulden unbedingt eintreten muß, beschäftigte die Wissenschaft ⁽⁴⁸⁾. Gegenüber dieser

47) v. Wyß, S.2; Ubbelohde ZHR 7, S. 200; verständlicherweise sieht Goldschmidt, ZHR 17, S. 288 derartige Probleme nicht, da er den traditionellen Standpunkt des gemeinen Rechts nicht nur für ausreichend, sondern sogar für gesetzgeberisch allein vertretbar hält.

48) Zustimmung: Brinz, 2. Aufl. II ". 278; Burchardi, speziell die *locatio cond. operis* betreffend; Baron AcP 52 (1869), S. 55 ff.; Dernburg Pandekten II § 38; Puchta Vorlesungen zu § 302, S. 160, in der 4. Aufl.; Ubbelohde, ArchPraktRW 7 (1860), S. 229 f. und ZHR 7 (1864), S. 199 ff.; Jhering, Jahrbuch für Dogmatik IV, S. 84 f. und Schuldmoment S. 47; ebenso Dreyer, Mayer und Leonhard auf dem 17. DJT I, S. 46 ff., 125 ff., 337 ff. und Enneccerus, 17. DJT II, S. 95 ff.; Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte.

In scharfem Gegensatz hierzu, auch bezüglich der *loc. cond. operis*: v. Wyß, S. 97 f.; Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners ZHR 16 (1871), S. 287 ff.; ders. schon ZHR 3, S. 93, S. 368, 16, S. 373 ff. und AcP 41, S. 406 ff. (409); Windscheid-Kipp, Pandekten 9. Aufl. Bd. II, S. 747 Fußn. 5 unter 4; Thöl, Handelsrecht I § 86,7; v. Bar, GrünhZ, S.21 ff. (S. 49 und 72 ff.); Wendt, Lehrbuch der Pandekten, § 231; Vangerow, Lehrbuch III, 7. Aufl. S. 34, 38 ff.; Arndts, Lehrbuch 4. Aufl. S. 108.

Frage ist die deliktische Gehilfenhaftung unwichtig und wird, soweit sich die Abhandlungen nicht ohnehin auf die vertragliche Haftung beschränken ⁽⁴⁹⁾ - von den aus dem Römischen Recht übernommenen, als singuläre Ausnahmebestimmungen bezeichneten deliktischen Haftungs- normen etwa der actio de effusis vel ejectis einmal abgesehen - abgelehnt ⁽⁵⁰⁾.

Einig ist man sich insoweit, als ein Bedürfnis nach einer weitergehenden Haftung als in der bisherigen Praxis bejaht wird. Desgleichen hält man eine derartige Regelung auch für billig ⁽⁵¹⁾.

2. Einer ersten ausschließlichen Befassung der vertrag- lichen Gehilfenhaftung widmete sich Ubbelohde im Jahre 1860 ⁽⁵²⁾. Dabei sieht er den Lösungsweg vorgezeichnet in den praktischen Bedürfnissen und den Gegebenheiten des modernen Geschäftslebens. Im wesentlichen begründet er seine Meinung von einer erweiterten Haftung folgen- dermaßen:

49) so Ubbelohde und Burchardi

50) Goldschmidt und v. Wyß aaO

51) Ubbelohde, ArchPraktR 7, S. 229 ff. und ZHR 7, S. 199 ff.; ebenso Burchardi und v. Wyß in ihren Monographien; lediglich Goldschmidt verteidigt durchwegs das Verschuldensprinzip und diskutiert die Frage nach dem Bedürfnis gar nicht; vgl. i.e. unten S.37 ff. u. Fritsch, aaO, S. 78 ff.

52) Ubbelohde, in ArchPraktRW 7 (1860), S. 229 ff.; August Ubbelohde (1833 - 1898) bleibt als Romanist Vertreter der reinen historischen Schule. Er zeich- net sich durch eine Reihe klassischer dogmatischer Arbeiten aus (Landsberg-Stintzing III, 2 Noten S. 359).

- a) Die Praxis des Verkehrsrechts zeige ein Bedürfnis nach weitergehender Regelung als das geltende Recht.
- b) Die Gehilfenhaftung regele sich nach dem höheren Prinzip der Billigkeit.
- c) Das Verkehrsbedürfnis als Rechtfertigung für die Schaffung eines Rechtsinstituts sei nichts Neues, wie das Römische Recht zeige. Das Römische Recht habe aus diesen Gründen in einer Reihe von Fällen Ausnahmen vom Verschuldensprinzip gemacht (53). Das, was im geltenden Verkehrsleben erwartet werde und den Vertragssituationen des Publikums entspreche, müsse deshalb auch für das moderne Recht gelten.

Die Haftung für das Gehilfenverschulden rechtfertige sich aus folgenden Gründen:

- aa) Nach einer schon seit langem gepflegten Übung im modernen Geschäftsleben zahle regelmäßig der Geschäftsherr für Beschädigungen seiner Gehilfen. Sein Bereich, wozu auch seine Gehilfen gehörten, werde ihm ganz selbstverständlich zugerechnet.
- bb) Die Haftung liege auch im Interesse des Unternehmers, der damit dem Publikum vertrauenswürdig bleibe.
- d) Eine weitere Begründung für eine gewissermaßen hilfsweise Haftung, die dann eingreift, wenn der Gehilfe insolvent ist, könnte aus der Überlegung Ubbelohdes geschlossen werden, der Schuldner sei allgemein ver-

53)Rezepten- und Publikationenedikt, actio de effusis, actio institoria.

pflichtet, nur-solvente Gehilfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu bestellen (54). Damit würde der Schuldner gewissermaßen eine Garantie übernehmen und die Gefahr der Insolvenz des Gehilfen tragen. Gleichermäßen könnte man auch behaupten, der Schuldner handele schuldhaft, wenn er dem Gläubiger den Regreß gegen den Gehilfen abschneide.

Für diese Behauptung findet sich jedoch weder ein Anhalt im Römischen Recht, noch entspricht sie praktischen Anschauungen des Geschäftswesens (55).

Aber auch der unter aa) wiedergegebene Gedanke ist unklar. Man weiß nicht, wie weit hier die Haftung gehen soll; denn wenn es sich dabei um eine Haftung für den eigenen Geschäftsbereich handelt, so ist das nichts anderes als eine Kausalhaftung. Auch die Begründung unter bb) ist nur eine allgemeine rechtspolitische Überlegung, gewissermaßen als Rechtfertigung, aber kaum mehr als eine gewisse Milderung der zuweilen als unbillig empfundenen Lage der Unternehmer.

- e) Ein weiteres Argument Ubbelohdes zeigt in der späteren Diskussion ein sehr lebhaftes Echo: Da der Herr den Gewinn aus der Gehilfentätigkeit ziehe, müsse er auch die daraus resultierende Gefahr tragen, gewissermaßen als "Generalspesen am Gewinn". Zudem könnten diese Unkosten im Preis kalkulierbar als "Assekuranzprämie" berücksichtigt werden.

54) ArchpraktR 7, S. 242

55) Sie wird nach überzeugender Widerlegung durch Goldschmidt, in ZHR 16, S. 347, im Gegensatz zur Assekuranztheorie, später auch nicht mehr aufgegriffen.

- f) Zunächst fällt bei Ubbelohde auf, daß er nicht so sehr die von ihm befürwortete Haftung unmittelbar den römisch-rechtlichen Quellen entnimmt, sondern glaubt, die Methode des Römischen Rechts zur Rechtsentwicklung als Vorbild für die Lösung der von ihm als lösungsbedürftig erkannten Probleme verwenden zu können.

Die Feststellungen, an die Ubbelohde seine Folgerungen knüpft - Verkehrsbedürfnis, allgemeine Rechtsüberzeugung und tatsächliche Übung - werden später sehr häufig als feststehende Tatsachen übernommen.

Letztlich ist Rechtsgrund - wie die Möglichkeit der Assekuranzprämie zeigt - jedoch nur die Billigkeit. Aus diesem Grund ergibt sich auch die Einschränkung der Theorie Ubbelohdes auf gewerbliche Betriebe, da nur dort der Geschäftsherr sich billigerweise immer durch eine Assekuranzprämie gegen drohende Haftungsfälle schützen kann.

Er gesteht auch selbst zu ⁽⁵⁶⁾, daß seine Begründungen sich auf Einzelfälle des Römischen Rechts beschränken, ein einheitliches Grundprinzip selbst also fehlt.

3. Angeregt durch verschiedene Kritiken ⁽⁵⁷⁾, insbesondere gegen seine Quellenauslegung, versucht Ubbelohde

56) aaO S. 245

57) Jhering, Jahrbuch für Dogmatik 4, Nr. 1 S. 84 f., S. 85 Note 88; Goldschmidt, ZHR 3, S. 93 ff.; ZHR 4, S. 368; Burchardi, aaO S. 7 ff.

lohde in einer weiteren Abhandlung ⁽⁵⁸⁾ seine Assekuranztheorie zu verdeutlichen und auszubauen. Vor allem bemüht er sich mit einer ausführlichen Auswertung römisch-rechtlicher Quellen, ein analoges Regelungssystem zu finden. Letztlich bleibt Rechtsgrund aber doch nur wieder - mangels einer eindeutigen Quellenaussage - das höhere Prinzip der Billigkeit.

Ubbelohde wendet sich auch gegen die Theorie der "universitas consumationis", wie sie insbesondere in den zwei Urteilen Züricher Gerichte zum Ausdruck gekommen war, da er darin eine unnötige Einschränkung der unbedingten Gehilfenhaftung auf die locatio conductio operis sieht. Wollte man sie jedoch auf andere Fälle ausdehnen, biete sie kein taugliches Abgrenzungskriterium mehr und führe zu Entscheidungen contra legem. Er übersieht dabei freilich den eigentlichen Mangel dieser Theorie, die Schadensersatz von Sach- und Preisgefahr nicht trennt, die Fragen der Gehilfenhaftung also gar nicht zu lösen vermag ⁽⁵⁹⁾.

Ubbelohde weist auch auf ein Problem hin, das immer wieder aufgegriffen wird ⁽⁶⁰⁾ und für das die Dog-

58) "Wie haftet nach gemeinem Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient", ZHR 7, S. 199 ff. (1864).

59) was vor allem Goldschmidt, ZHR 16, S. 361 ff., nachweist.

60) vgl. nur Enneccerus auf dem 17. DJT, siehe unten S. 108 f.

matik der Pandektisten auch später nur Scheinlösungen findet: Wieso haftet der Schuldner nur für Gehilfenverschulden und nicht auch für von seinen Gehilfen nicht verschuldete Schädigungen, was unter der Geltung des strengen Verschuldensprinzips sich in beiden Fällen für ihn als casus darstellt (61).

4. Burchardi (62) geht wie Ubbelohde vom Verkehrsbedürfnis aus, für das das geltende Haftungssystem

61) Darüberhinaus kritisiert Rang, S. 37 f.: Worin liegt die Assekuranzprämie bei Geschäften, bei denen die Gegenleistung nicht in Geld besteht, oder etwa beim Commodat mit der Haftung wie bei der Miete.

Die weitere Kritik, warum die Versicherung nicht auch Delikte der Gehilfen ergreife, ist dagegen etwas unklar. Will Rang damit nicht nur die Haftung bei Erfüllung, sondern auch bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung bejahen, so handelt es sich dabei um einen Einwand, wie er neuerdings durch Reimer Schmidt u.a. wieder aufgegriffen wird, vgl. dazu i.e. unten S. 185 f.

Daß sich Ubbelohdes Theorie nicht durch die Quellen belegen läßt, hat im Anschluß an v.Wyß, aaO S. 98 f., Beckmann, Krit. Vierteljahresschrift 10, S. 323 ff., Goldschmidt, ZHR 16, S. 344 dargelegt.

Darüberhinaus haben Bar, GrünhZ 4, S. 72 ff. und Dreyer, 17. DJT I, S. 90 auch auf die praktischen Mängel hingewiesen, wie sie etwa in einem Urteil des OAG Rostock (SeuffArch 30, Nr. 118) zum Ausdruck kamen. Das Gericht äußerte die Überzeugung, daß der beklagte Schornsteinfeger außer seinem geringen Lohn, "welcher ganz entschieden nur das Äquivalent für die geleistete Arbeit darstellt" keine Assekuranzprämie für die Übernahme der Gefahr der Gesellen hätte ausbedingen können.

- 62) "Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen", 1861.

nicht mehr ausreiche. Er versucht jedoch im Gegensatz zu Ubbelohde eine rein begriffliche Klärung des Problems, indem er vom Begriff des Gehilfen ⁽⁶³⁾ ausgeht. Er untersucht zudem die Rechtsnatur der geschuldeten Leistung. Dabei stellt er fest, daß unter den Obligationstypen von Interesse nur die seien, bei denen eine bestimmte individuelle Sache geschuldet sei, weil dabei Gehilfen

1. zur Anfertigung der Sache
2. bei custodia und
3. bei Auslieferung an den Gläubiger

zugezogen werden können ^(63a).

Die Haftung für Gehilfenverschulden bei Auslieferung beschränke sich, wie aus den römischen Quellen ersichtlich, auf culpa in eligendo, weil die Sache mit Übergabe an das Transportmittel aus der Gewalt des Schuldners gelange ^(63b).

Die "custodia" als ständige Aufsichtspflicht zum Schutz der Sache, mache eine Beschränkung der Haftung auf das Auswahlverschulden schon wegen dieser steten Schutzpflicht unmöglich. Jede verhinderbare Schädigung sei dabei culpa des Schuldners. Schuldhaftes Handeln der Gehilfen seien somit als culpa des Schuldners anzusehen. Es komme also nur auf den Erfolg, den Schutz der Sache an. Welche Mittel hierzu ergriffen werden müssen, sei Aufgabe des Schuldners und damit auch, ob und welcher Gehilfe benötigt wird. Für die Untauglichkeit des Mittels hafte der Schuldner ebenso. Handle

63) 1. Kapitel.

63a)aa0, S. 64

63b)aa0, S. 65 ff.

der Gehilfe schuldhaft, dann sei dessen Untauglichkeit bewiesen, womit der Schuldner hafte.

Dabei beschränke sich freilich die Haftung auf "in re custodienda" erfolgte Handlungen. Der Gehilfe, der sich völlig außerhalb seines Pflichtenkreises bewege, sei nicht mehr Mittel. Die Haftung des Herrn entfalle dann (63 c).

Bei den Dienstleistungen sei zwischen

a) opus und

b) operae

zu unterscheiden (631). Da die Einflußmöglichkeit bei operae nur bis zur Anstellung reiche, hafte der Schuldner hier wie bei der Pflicht zur Auslieferung nur für culpa in eligendo. Bei Verpflichtungen zu einem opus werde jedoch - wie bei custodia - ein Erfolg geschuldet, den er mit zuverlässigen Mitteln zu erreichen habe. Werde ein Gehilfe als Mittel gewählt und handele er schuldhaft, so sei damit dessen Unzulänglichkeit erwiesen. Der Herr hafte daher für dabei entstandene Schäden.

Ebenso hafte der Transportunternehmer vom Beginn bis zum Ende des Transports für allen Schaden und für alle Personen, die mit seinem Wissen und Wollen am Transportgeschäft teilnehmen.

Die Beweislast für einen die Haftung ausschließenden Grund trägt in allen diesen Fällen strengerer Haftung der Geschäftsherr.

63c) aa0, S. 80 ff.

63d) Hierzu aa0 S. 110 ff. und S. 131 ff.

Burchardis Anknüpfungspunkt, die Tauglichkeit des Gehilfen, macht verständlich, warum der Herr nur bei Verschulden des Gehilfen und nicht bei jedem casus haftet. Ebenso ist die Konstruktion einer Willenseinheit zwischen Prinzipal und Gehilfe zu verstehen. "Prinzipal und Gehilfe sind rechtlich nur eine Person". Denn mit seiner daraus resultierenden Schuldvermutung bleibt er ohne Schwierigkeiten im Rahmen des Schuldprinzips. Mit seiner begrifflichen Bestimmung des Leistungsinhalts ⁽⁶⁴⁾ und der Annahme zum Teil erfolgsbezogener Vertragspflichten rechtfertigt er die bisher auch schon in der Praxis und vereinzelt auch in der Theorie anerkannten Fälle einer unbedingten Gehilfenhaftung.

64) Ähnlich am Leistungsinhalt orientiert ist auch Jhering, der unterscheidet, ob der Schuldner eine ihm selbst obliegende Handlung durch andere ausführen läßt oder von vornherein einen anderen aussuchen darf. Im ersten Fall soll er für culpa schlechthin haften, während er im zweiten Fall nur für culpa in eligendo einzustehen habe, in Jahrbuch für Dogmatik 4, S. 85 f.

Vgl. auch Jherings berühmten Ausspruch, in Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, S. 40, der als Schlagwort den Anhängern des Verschuldensprinzips sehr lange diente: "Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld".

Damit klärt Burchardi nicht nur den Gehilfenbegriff, sondern findet auch eine für die Pandektenwissenschaft vertretbare, weil aus dem Vertragsinhalt erschlossene Lösung.

5. Weder der pandektische Lösungsversuch Ubbelohdes noch die Klärung des Gehilfenbegriffs durch Burchardi überzeugen von Wyß^(64a). Der Methode der Pandektisten folgend geht er zwar von den Haftungsgegebenheiten des Römischen Rechts aus⁽⁶⁵⁾. Anders als jene sieht er das Römische Recht jedoch als geschichtlichen, überlieferten Normenkomplex, der vom Gesetzgeber korrigiert oder erweitert werden müsse, wenn es die Bedürfnisse erforderlich machen⁽⁶⁶⁾. Die Vorstellung von einem in sich geschlossenen dogmatischen System des Römischen Rechts, aus dem heraus sich jede Einzelfrage der modernen Gesellschaft befriedigend lösen lasse, gibt v. Wyß damit auf.

In merklichen Gegensatz zu seiner Ausgangsfeststellung, in der er Jherings Verschuldensdogma vorbehaltlos bejaht, das Verschuldensprinzip sogar als "das Axiom eines jeden Rechtssystems" bezeichnet⁽⁶⁷⁾, stellt sich v. Wyß, wenn er bei den bestehenden Haftungen für fremde Schuld "nicht den subjektiven Gesichtspunkt von Abbüßung und Strafe",

64 a) Paul Friedrich v. Wyß (1818 - 1907) hat sich neben verfassungsrechtlichen Arbeiten in zahlreichen Einzelwerken um eine rechtsgeschichtliche Durchdringung privatrechtlicher Probleme bemüht und ist hervorragender Vertreter eines aufblühenden Schweizer Rechtsstandes.

65) Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht, 1867 - insbes. S. 113.

66) aaO S. 3

67) aaO S. 1

sondern die objektive Seite des ökonomischen Ausgleichs für alleinmaßgeblich hält. Die Konsequenz dieser Feststellung, mit der Notwendigkeit eines billigen wirtschaftlichen Ausgleichs möglicherweise vom Verschuldensprinzip abzurücken zu müssen, sieht v. Wyß freilich nicht.

Seinem Arbeitsplan folgend betrachtet er die bislang einzeln erwogenen Fälle einer erweiterten Haftung und teilt sie ein in deliktische und vertragliche, wobei er bei letzteren wieder die Haftung für fremde culpa aus eigenem und aus fremdem Kontrakt unterscheidet.

- a) Die im römischen Recht geltende deliktische Haftung gibt nach der fallweisen Durchsicht für das geltende Recht wenig her. Weder die Noxalhaftung, noch die Haftung der Reeder, Wirte, der Staatspächter und Wohnungsinhaber entsprächen den Gegebenheiten moderner Verhältnisse. Der deliktische Bereich bestätige gerade durch seine eng begrenzten, nur der klassischen Gesellschaftssituation zugänglichen Ausnahmen das haftungsrechtliche Grundprinzip einer auf das eigene Verschulden begrenzten Haftung.
- b) Aus seinen Ergebnissen zum deliktischen Bereich folgert v. Wyß, daß auch im Vertragsrecht die Haftung für fremde culpa nur ausnahmsweise gelten könne ⁽⁶⁸⁾. Dabei faßt er die Vertragstypen ins Auge, bei denen üblicherweise Gehilfen zugezogen

68) aaO. S. 73.

würden, schließt aber auch den Bereich nicht aus, bei dem das nur gelegentlich zutrifft (69). Lediglich die locatio conductio operarum läßt er außer Betracht (70), da es hierbei nicht auf das objektive Ergebnis der Tätigkeit, sondern auf die individuelle Handlung allein durch den Schuldner ankomme.

aa) Soweit die Zuziehung von Gehilfen vertraglich ausgeschlossen sei, hafte der Schuldner bei ihrer Zuziehung schon wegen seines vertragswidrigen Verhaltens für jedes Verschulden, auch wenn die schädigende Handlung von Gehilfen ausging (71).

bb) Soweit im konkreten Vertrag jedoch nichts bestimmt sei, müsse von den vertraglichen Besonderheiten, wie sie sich im Römischen Recht finden, ausgegangen werden, um den Haftungsumfang des Schuldners bestimmen zu können. Es führe zu verfälschten Ergebnissen, wenn man, bevor man die allgemeinen vertraglichen Regeln untersucht habe, zunächst die Verkehrsbedürfnisse berücksichtige (72).

Eine Analyse der Quellen führt von Wyß zu dem Schluß, daß in allen obengenannten Vertragstypen die Auswahl und Beaufsichtigung mit der

69) Neben Mandat, negotiorum gestio, locatio cond. operis und depositum also auch Commodat, locatio rei, societas, Innominatcontracte u.a.

70) aaO S. 88

71) Insofern bestätigt v. Wyß nur die allgemeine Meinung.

72) Damit wendet sich v. Wyß offensichtlich gegen die Methode Ubbelohdes, die ihm, da sie vom Ergebnis her argumentiert, von vornherein suspekt ist, aaO S. 113.

nach den jeweiligen vertraglichen Bestimmungen zu beachtende Sorgfalt zu erfolgen habe, darüber hinaus jedoch für den Schuldner keine Haftung feststellbar sei ⁽⁷³⁾. Das gelte sogar für die locatio conductio operis. Die gelegentlich angeführten Argumente für eine schon im Römischen Recht anzutreffende erweiterte Haftung seien nicht stichhaltig.

Die auch in den Quellen angesprochene praestatio periculi des conductors ⁽⁷⁴⁾ lasse zudem keinen generellen Schluß auf den Haftungsumfang zu ⁽⁷⁵⁾, wie denn auch verschiedene Autoren darin nur eine Haftung für omnis diligentia sähen.

Auch die von verschiedener Seite ⁽⁷⁶⁾ behauptete vertraglich stillschweigend übernommene Garantie stehe in Widerspruch zu den Grundsätzen des Römischen Rechts, die eine stillschweigende Garantieübernahme nur ausnahmsweise und dann ausdrücklich normierten. Ein ausdrücklicher Quellenhinweis fehle. Der Hinweis, der conductor trage die von seinen Gehilfen herrührende Gefahr leichter als der

73) aaO S. 92, 107, 109, 111.

74) Nachweise aaO. S. 94.

75) Begründung aaO S. 77, 96.

76) Puchta, Vorlesungen zu § 302 Bd. 2, S.146 f.;
Ubbelohde, ZHR 7, S. 250 und 267 ff.;
Burchardi aaO. S. 141 f.

locator (77), sei kein ausreichendes Argument.

Erst recht zeige eine Betrachtung einzelner Quellen, daß nirgendwo das Römische Recht eine Haftung des conductor für das Verschulden seiner Gehilfen fordere.

Damit schließt sich v. Wyß insgesamt in groben Zügen den Ausführungen Hasses an. Seine klare Unterscheidung in vertragliche und deliktische Haftung, wie auch seine Interpretation der Gefahrtragung als Haftung für die Vergütungsgefahr bleiben wesentliche Elemente der weiteren Diskussion. Seine ausdrückliche Beschränkung auf das Römische Recht geschieht zudem mit dem spürbaren Motiv, den Gesetzgeber auf die Haftungsbe-
reiche, die durch die moderne Entwicklung ver-
altet sind, hinzuweisen.

In einem abschließenden Kapitel befaßt sich v. Wyß mit der "Haftung für fremde culpa aus fremdem Kontrakte" (78), worunter er die actiones adiecticiae qualitatis versteht. Für die vorliegende Untersuchung können die actio quod iussu und die actio quasi institoria als nicht hierher ge-

77) umso leichter, als für Ubbelohde im Werklohn die Assekuranzprämie enthalten ist.

78) aaO S. 116 ff.

hörende Fälle der Haftung des Vollmachtgebers außer Betracht bleiben.

Die actio institoria und die actio exercitoria als Haftung des Geschäftsherrn für die Personen, die er zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt hat ⁽⁷⁹⁾, sind zwar besondere Fälle einer Haftung für Dritte, betreffen jedoch nicht die Fälle der eigentlichen vertraglichen oder deliktischen Gehilfenhaftung.

Das Verdienst v. Wyß' ist es, auf die unbedingte Unterscheidung der Haftung für fremde culpa aus fremdem Kontrakt von der Haftung für fremde culpa aus eigenem Kontrakt hingewiesen und damit gelegentlich aufgetauchte Unklarheiten ⁽⁸⁰⁾ beseitigt zu haben.

79) Die actio institoria richtet sich gegen den, der einen institor, d.h. einen Gewerbeführer oder Gewerbeverwalter angestellt hat, während die actio exercitoria - ein Sonderfall der institoria - sich gegen den exercitor, d.h. den Schiffsreeder richtet, der einen Schiffsführer angestellt hat, Windscheid, Pandekten Bd. 2, 5. Aufl. § 482, Fußn. 7.

80) z.B. Ubbelohde, ZHR 7, S. 279 - 281.

6. Levin Goldschmidt^(80a) bildet mit seiner groß angelegten Untersuchung im Jahre 1871⁽⁸¹⁾ im Anschluß an seine schon früher geäußerten Überlegungen⁽⁸²⁾ einen vorläufigen Abschluß der Diskussion über die vertragliche Gehilfenhaftung, insbesondere soweit es sich um quellenmäßige Nachweise aus dem Römischen Recht handelt.

a) In einer Abgrenzung der Delikts- von den Vertragsverletzungen⁽⁸³⁾ bejaht Goldschmidt zunächst die Richtigkeit der Formel: es komme darauf an, ob der Schaden "in Ausführung der übernommenen Leistung" oder nur "bei Gelegenheit" geschehen sei⁽⁸⁴⁾. Die Unterscheidung sei im Einzelfall jedoch oftmals schwierig. Goldschmidt nimmt daher eine Entscheidung des Bundesoberhandelsgerichts zum Anlaß, insbesondere auf folgende Kriterien hinzuweisen:

80a) Levin Goldschmidt (1829 - 1897) gilt als Vater der Rechtswissenschaft zum Handels-, See- und Wechselrecht. Mit dem Aufschwung dieser Rechtsdisziplinen ist seine Person aufs engste verbunden. Als Richter aber auch als programmatischer Verfechter der neueren Gesetzgebung hat er für einen engen Zusammenhang zwischen allgemeinem Privatrecht und Handelsrecht gesorgt.

81) Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen, ZHR 16, S. 287 - 382.

82) ZHR 3, S. 58 ff. Über das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum.

83) Nur aus der Natur und dem Umfang der Obligation lasse sich beurteilen, ob ein Delikt vorliegt oder ob die Handlung bzw. Unterlassung des Gehilfen zugleich eine Verletzung der Obligation des Geschäftsherrn einschließt. Deshalb habe der Geschäftsherr auch bloß für solche Handlungen (Unterlassungen) seiner Gehilfen einzustehen, die, von ihm selbst begangen, seine vertragliche Haftung begründen würden; so später das RGZ 63, S. 341 und die h.M., vgl. die Nachweise bei Planck-Siber Erl. 1 zu § 278.

84) aaO S. 294.

aa) Die Gehilfenhandlung muß i m
R a h m e n des Auftrags gelegen
haben. Eine Beschränkung auf Ver-
letzungen, die nur bei weisungsge-
mäßßer Tätigkeit entstanden sind, würde
entweder den Geschäftsherrn schon als
Anstifter oder mittelbaren Täter haften
lassen oder - was die Regel sei - über-
haupt nicht, da wohl normalerweise die
weisungsgemäße Tätigkeit selbst keine
beschädigende Handlung bezwecke.

bb) Auch werde gehaftet nicht nur bei Be-
schädigung des Vertragsobjekts selbst,
sondern auch für Verletzung anderer Ob-
jekte, soweit deren sorgfältige Behandlung
sich aus der das ganze Vertragsgeschehen
umfassenden Sorgfaltspflicht ergibt (85).

b) Die Haftung des Geschäftsherrn bejaht Goldschmidt
in vier Fällen: Einmal unstatthafte Substitution,
das heißt unstatthafte Bestellung eines Ersatz-
mannes oder Zuziehung eines Gehilfen. Zum zweiten
eigenes Verschulden (culpa in eligendo sive
custodiendo). Dann Garantie- und Gefahrübernahme;
und schließlich erzwungene Garantie infolge er-
zwungener Übernahme fremder Obligation.

85) Damit liegt Goldschmidt ganz auf der Linie der
späteren Rspr. des RG zur vertraglichen Ge-
hilfenhaftung, z.B. RGZ 160, S. 314, 315.

aa) Die unstatthafte Zuziehung eines Gehilfen bedarf für diese Darstellung keiner Erörterung und auch das eigene Verschulden hält sich im unbestrittenen Rahmen der traditionellen Auffassung. Allerdings betont Goldschmidt hierbei im Anschluß an Hasse, Mommsen und Windscheid ⁽⁸⁶⁾ und im Gegensatz zu Burchardi die Umkehr der Beweislast ⁽⁸⁷⁾. Dabei habe der Geschäftsherr einmal den Täter zu benennen oder den Nachweis zu führen, daß keiner seiner Gehilfen der Täter sei. Zum zweiten müsse er nachweisen, daß das schädigende Ereignis entweder überhaupt zufällig war oder die von dem Gehilfen verschuldete Handlung zumindest für ihn den Charakter einer zufälligen Handlung trage, da er diesen Gehilfen entsprechend ausgewählt, instruiert und beaufsichtigt habe.

Die Benennung des Täters ergebe sich zwar nicht aus den Quellen ⁽⁸⁸⁾. Die Notwendigkeit dieses Beweises schließt Goldschmidt jedoch daraus, daß anders der Geschäftsherr seiner Exkulpationspflicht nicht nachkommen könne, die je nach der Person des Täters

86) Nachweise aaO S. 322.

87) Im deliktischen Bereich lehnt er sie ausdrücklich ab, aaO S. 322.

88) Wenn auch Goldschmidt auf den - wie er meint - verwandten Fall der Noxalhaftung hinweist.

schließlich verschieden sein könne (89).

- bb) Soweit eine vertragliche Regelung einer Garantie- und Gefahrübernahme bestehe, richte sich die Haftung entsprechend dieser Vereinbarung. "Ist Garantie für jeden durch Dritten herbeigeführten Schaden übernommen, so liegt darin unbedingte Garantie für die Gehilfen" (90). Desgleichen liege in der Übernahme der Leistungsgefahr auch die Haftung für das Gehilfenverschulden.

Beim receptum hafte man in gleicher Weise für das Gehilfenverschulden; diese gesetzliche Gefahrtragungsvorschrift fingiere eine culpa.

Die für das einzelne Rechtsinstitut oder Rechtsverhältnis bestehende erweiterte Haftung gibt für die allgemeinen Haftungsprobleme jedoch - wie Goldschmidt feststellt - wenig her.

89) Die bei Goldschmidt erstmals einer genaueren Betrachtung unterzogenen Beweisanforderungen wurden in der Folge zunächst wegen der weitgehenden gesetzlichen Regelung des § 278 BGB kaum beachtet, wurden allerdings dann im vertraglichen Bereich sehr bald anerkannt, vgl. Palandt-Heinrichs § 278 Anm. 9; Erman-Groepper, § 278 Anm. 14; entsprechend auch zu § 31 RGZ 171, C. 320. Aber auch für § 831 BGB verdeckten die Entwicklung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis und die Tendenzen der Lehre und Rspr. zum Organisationsverschulden - vgl. hierzu unten S.196 ff. 5. Abschnitt - die Bedeutung dieser Frage. Durch die Neufassung des § 831 erhielt sie jedoch wieder eine gewisse Aktualität, Steindorff AcP 170, S. 95.

90) aaO S. 325.

cc) Unter die Haftung aus erzwungener Garantie infolge erzwungener Übernahme fremder obligatio reiht Goldschmidt die schon bei v.Wyß erörterten Fälle der "Haftung für fremde Schuld aus fremdem Vertrag", also die adjectizischen Klagen.

- c) Liege aber einer dieser vier Fälle nicht vor, so werde versucht, die Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen auf die Fiktion einer culpa ⁽⁹¹⁾ oder Garantieübernahme ⁽⁹²⁾ zu stützen. Eine Abwägung der Interessen von Schuldner und Gläubiger ⁽⁹³⁾ zeige jedoch, daß die für den Schuldner vorgetragenen Argumente überzeugen, eine Rechtfertigung der Gegenmeinung ergebe sich insbesondere nicht aus den Quellen.
- d) Ausführlich befaßt sich Goldschmidt mit der viel erörterten Haftung bei der locatio conductio operis und widerlegt zunächst die den immer wieder zur Begründung herangezogenen Quellenstellen ⁽⁹⁴⁾ entnommenen Argumente.

aa) Auch aus der Natur der locatio conductio operis, die ihre Begründung in dem Schlagwort von der universitas consumationis findet, ergebe sich nichts. Neben den

91) vgl. auch Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3, § 357: "weil es ein Versehen ist, sich solcher Personen zu bedienen."

92) Puchta, Vorlesungen zu § 302: "Wer sich zu einem Geschäft vermietet, zu dem er Gehilfen zuzieht, übernimmt dadurch stillschweigend deren culpa"; Ubbelohde, ArchpraktR 7, S. 242 befürwortet die Garantie für Solvenz der Gehilfen.

93) Goldschmidt aaO S. 338 f.

94) aaO S. 353 ff.

schon von Ubbelohde, Windscheid und v.Wyß vorgebrachten Einwänden weist Goldschmidt noch auf folgende hin: Das Verschulden des Gehilfen könne sich verschiedenartig äußern. Soweit die Handlung nicht den Erfolg beeinträchtigt, also nur etwa sonstige Teile des Werks oder andere Gegenstände beschädigt würden, könne die universitas consumationis ohnehin nicht weiterhelfen.

Komme jedoch durch Gehilfenverschulden das Werk überhaupt nicht oder nicht fehlerfrei zustande, so müsse streng zwischen der Gefahrtragung für den Anspruch auf die Gegenleistung des locators ⁽⁹⁵⁾ und der Gefahrtragung für das Interesse des locators an gehöriger Vollendung des Werks ⁽⁹⁶⁾ unterschieden werden. Soweit es um die Preisgefahr gehe, ergebe sich aus den Quellen ohne weiteres die Gefahrtragung durch den Schuldner. Denn insofern habe der Schuldner nicht nur sein eigenes oder das Verschulden seiner Gehilfen zu vertreten, sondern auch das Verschulden fremder, ja sogar höherer Gewalt. Er trage nicht nur periculum culpaе, sondern periculum casus und habe insofern für den Erfolg einzustehen.

95) entsprechend der heutigen Terminologie die Preis- oder Vergütungsgefahr, Larenz SchuldR I § 21 I b; Esser aaO § 33 IV.

96) entsprechend der Sach- oder Leistungsgefahr, Larenz aaO § 21 I b; Esser aaO § 33 IV.

Hinsichtlich der Leistungsgefahr lehnt Goldschmidt mangels Quellenhinweis jedoch eine Gefahrtragung ab. Man könne den conductor nicht für casus und damit auch nicht für Gehilfenverschulden verantwortlich machen. Eine Ausnahme könne nur beim Werklieferungsvertrag - wie auch beim Kaufvertrag - dann gemacht werden, wenn das vom conductor zu beschaffende Material lediglich der Gattung nach bestimmt sei und dieses vor Vollendung des Werkes untergehe ⁽⁹⁷⁾.

Mit diesen Feststellungen zeigt Goldschmidt grundlegend den Unterschied zwischen der Haftung für Verschulden und der Gefahrtragung. Richtig erkennt er, daß bei einer Beeinträchtigung des Leistungserfolgs eine der beiden Vertragsparteien ganz unabhängig vom Verschulden für die Minderleistung haften müsse. Aus den sich gegenüberstehenden Interessen müsse die Lösung gefunden werden, da es an einem Verschulden häufig fehlt. So selbstverständlich Goldschmidt die Regelung der Preisgefahr erscheint, so sehr schreckt er doch vor einer konsequenten Folge auch für die Leistungsgefahr zurück. Hier verschanzt er sich allein hinter den Quellen ⁽⁹⁸⁾.

97) So auch F. Mommsen, Beiträge I S. 366, während etwa Burchardi aus der Theorie der Gattungsschuld allgemein die gesteigerte Verantwortlichkeit des conductors ableitet, aaO S. 59 ff.

98) Sachlogisch inkonsequent ist zudem die Reihenfolge der Untersuchung, da die Frage nach der Preisgefahr sich erst stellt, nachdem man die Leistungspflicht verneint hat, Esser SchuldR I § 33 VI.

In seiner Zusammenfassung verneint er sogar auch das häufig zitierte Verkehrsbedürfnis (99) für eine allgemeine Haftungserweiterung (100). Die viel geforderte gesetzliche Regelung sei unbillig und der subjektive Verschuldensgrundsatz widerstrebe einer Erfolgshaftung oder einer Verantwortlichkeit nach dem "objektiven Assekuranzsystem" (101). Die Darstellung des Gehilfenverschuldens bei Goldschmidt ist indessen bemerkenswert, weil er besonders auf die verschiedenen Begehungsmöglichkeiten hinweist, also die Erfolgsvereitelung durch den Gehilfen von den sonstigen Verletzungshandlungen unterscheidet. Gleichwohl wird dieses Ergebnis in der weiteren Erörterung wieder vernachlässigt. So werden die zur Erfolgsvereitelung ergangenen Entscheidungen allgemein als Haftungserweiterung bei der *locatio conductio operis* betrachtet.

99) Damit befindet er sich nicht nur in bemerkenswertem Gegensatz zur sonstigen Lehre sondern auch zu den Motiven zum ADHGB, wo auf eine entsprechende Regelung im Hinblick auf eine allgemein im Obligationenrecht zu erwartende Bestimmung verzichtet wurde.

100) aaO S. 371.

101) aaO S. 372.

V. Die Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung
im 19. Jahrhundert

1. Wie schon bei der wissenschaftlichen Erörterung der Gehilfenhaftung, so läßt sich auch in der Praxis zu dieser Frage eine vermehrte Aufmerksamkeit erst gegen Mitte des Jahrhunderts feststellen. Während ein allgemeines Prinzip auch in der Rechtsprechung noch fehlt, ist immerhin in einzelnen Bereichen des Handels und des Verkehrs eine eigenständige Entwicklung hin zu einer vertraglichen und sogar deliktischen Haftung für Gehilfenverschulden feststellbar. Insbesondere die Einrichtung der Eisenbahn führte zu einer Flut von Entscheidungen, die die Tendenz der Rechtsprechung erkennen lassen, eine Haftung des Eisenbahnunternehmers auch in den Fällen zu bejahen, wo ihn selbst kein Verschulden trifft. Dabei zeigte sich, daß die Rechtsprechung weit eher als die Lehre bereit war, von festen Haftungsprinzipien des gemeinen Rechts abzurücken. Hinzu kam, daß man sich regelmäßig im Ergebnis einig war (108), wobei dann der Weg und die Genauigkeit der richterlichen Subsumtion weniger interessierten. Die Begründungen sind demzufolge teilweise auch recht unterschiedlich.

108) Eine der wenigen Ausnahmen in der Rspr. bildet ein Erkenntnis des OAG Celle v. 20. April 1855, SeuffArch 13, Nr. 140, das sich im Anschluß an die Überlegungen von Hasse und Goldschmidt ganz im Rahmen traditioneller Verschuldenshaftung hielt, trotz Kenntnis der abweichenden Auffassung in Lehre und Rspr.. Ähnlich auch noch eine Entscheidung vom 19. April 1861, SeuffArch 15, Nr. 26, in der sich das Gericht ausdrücklich gegen die Tendenzen zur Gefährdungshaftung wendet.

2. Vertragliche Gehilfenhaftung

a) Das Oberhofgericht Mannheim hielt in einem Erkenntnis aus dem Jahre 1849 (109) unter Bezugnahme auf S. 1782 und 1784 (betrifft die Haftung der Schiffer und Landfuhrleute bei Verlust und Beschädigung der ihnen anvertrauten Sachen außer bei Zufall und bei unabwendbarer Gewalt) und S. 103 Badisches Handelsrecht (entspricht Art. 103 C.d.c.: unbeschränkte Fuhrmannshaftung) die Haftung des Fuhrmanns und des Schiffers für Sachschäden ohne weiteres "wegen Gleichheit des Grundes" auch auf durch Gehilfen verschuldete Personenschäden anwendbar. Dazu führte es S. 1384 Badisches Landrecht als Rechtsgrundlage an (110).

b) Uneinig war sich die Rechtsprechung, ob die Eisenbahnverwaltung auch unbedingt für den Verlust oder die Beschädigung von Anschlußbahnen haftet. Während die Oberappellations-

109) SeuffArch 8, Nr. 52.

110) Erstaunlicherweise geht das Gericht jedoch nicht auf den im badischen Landrecht bei Satz 1384 grundsätzlich möglichen Entlastungsbeweis ein, sondern stellt lediglich fest, daß nur Zufall oder höhere Gewalt von der Verantwortlichkeit befreie, jedoch nicht das Gehilfenverschulden. Offensichtlich galt auch § 25 preußEisenbahnG oder ein entsprechendes Reglement in Baden nicht, wie im anderen, dem französischen Rechtskreis nahestehenden Land, dem Rheinland, vgl. das Urteil des Handelsgerichts Köln vom 16.8.1849, Rheinisches Archiv 45, S. 129 ff.

gerichte Wolfenbüttel (111), Dresden (112), Darmstadt (113) und die Appellationsgerichte Leipzig (114) und Köln (115) hier nur eine culpa in eligendo annahmen, schienen die württembergischen Gerichte (116) eine unbedingte Haftung, auch des Spediteurs, für Mittelspersonen annehmen zu wollen (117).

- c) Das Reichsgericht hat schließlich in dem Urteil vom 14. Juni 1882 (118) den zumindest für Spediteure noch unklaren Fall dahingehend geklärt, daß die Spediteure nach Art. 380 ADHGB wie bei der locatio conductio operis unbeschränkt für Gehilfenverschulden haften, nicht jedoch für das Verschulden der Zwischenfrachtführer.

Dabei wurde auf die Richtigkeit der Behauptung, bei der locatio conductio hafte der Geschäftsherr für das Gehilfenverschulden, mit keiner Silbe mehr eingegangen. Obwohl das zu diesem Zeitpunkt gefestigte Rechtsprechung war (119), glaubte sich der gleiche Senat in einer

111) SeuffArch 7, Nr. 172.

112) SeuffArch 7, Nr. 355.

113) ZHR 1, S. 577.

114) Koch, Anlagenheft, S. 111.

115) Archiv für Civil- und Criminalrecht der Rheinprovinzen, Bd. 49, I, S. 95 ff.

116) Die Entscheidungen bezogen sich allerdings nur auf Frachtführer und Spediteure, nicht auf Eisenbahnen.

117) vgl. Urteile in ZHR 2, S. 390 f.; SeuffArch 2, Nr. 93; 4, Nr. 79; 6, Nr. 243; 10, Nr. 78.

118) SeuffArch 38, Nr. 20

119) vgl. nur das grundlegende Urteil des ROHG 13, S. 76 und die Darstellung der Rspr. auf dem 17. DJT, insbesondere bei Dreyer, 17. DJT I, S. 65 ff. und Jaques, 17. DJT II, S. 93.

späteren Entscheidung (120) gegen die Angriffe der Lehre (121) nochmals verteidigen zu müssen, ohne allerdings durchschlagend neue Argumente anzuführen. Dabei ging er zunächst auf den alten Streit zur Lesart der Digestenstelle D 19, 2, 25, 7 ein ("si qua ipsius e o r u m q u e, quorum opera uteretur, culpa acciderit" nicht etwa - wie Goldschmidt meint - "e o r u m v e "). Die richtige Lesart ergebe sich aus der richtigen Auslegung. Die unbedingte Haftung ergebe sich auch aus der Natur der Sache. "Der conductor operis verpflichtet sich nicht etwa nur zu denjenigen auf Bewirkung der verdingenen Leistung abzielenden einzelnen Handlungen, welche nach den konkreten Umständen des Falls von ihm persönlich als dem Unternehmer erwartet werden können, wozu etwa auch die sorgfältige Auswahl und nach Umständen auch Beaufsichtigung der Hilfspersonen gehören mag, sondern er verpflichtet sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im ganzen". Die anders lautenden Quellenstellen bezögen sich auf andere Vertragsverhältnisse wie das Commodat oder das Mandat.

Das Reichsgericht sieht auch in Art. 380 ADHGB selbst die Bestätigung hierfür. Dort sei die Auswahlhaftung für den Spediteur ausdrücklich nur auf Frachtführer, Schiffer und Zwischenspediteure beschränkt, nicht auf eigene Hilfspersonen. Das

120) vom 23. Juni 1883, RGZ 10, S. 164 ff. = Seuff-
Arch 39, Nr. 12.

121) insbes. Goldschmidt ZHR 16, S. 356 f.

Argument der Assekuranzprämie, das das POHG (122) 10 Jahre früher noch für wesentlich gehalten hatte, ließ das Reichsgericht allerdings fallen. Die einheitliche Stellung der Rechtsprechung findet sich jedoch nur zur locatio conductio operis. Im übrigen haftete die Vertragspartei bei der Erfüllung grundsätzlich nur für eigenes Verschulden (123).

Die Beschränkung der Gehilfenhaftung auf den Werkvertrag brachte bei der Haftung des Geschäftsherrn für Verletzung der weiteren vertraglichen Verhaltenspflichten (124), wie Sorgfalts- und Schutzpflichten, durch seine Gehilfen neue Probleme. Denn grundsätzlich hätte es doch nahelegen, die Haftung bei jeder Verletzung des Werkvertrages anzunehmen, gleichgültig ob es sich dabei um Verletzung von Haupt- oder Neben-, von Vertrauens- oder Schutzpflichten handelt.

122) Bd. 13, S. 76

123) Hiervon machte auch der in Lehre und Rspr. des gemeinen Rechts anerkannte Satz keine wirkliche Ausnahme, wonach die jur. Personen für das Verschulden ihrer Willensorgane oder zu selbständigem Handeln berufenen Vertreter bei der in ihren Wirkungskreis fallenden Erfüllung einzustehen hatten; denn man hielt das ganz übereinstimmend für eigenes Verschulden der jur. Person, Windscheid I § 59 Fußn. 10; Dernburg I § 66 a.E.; RGZ 10, S. 236; 19, S. 350; 29, S. 186.

124) zum Begriff: Larenz, SchuldF I § 9.

Bejaht man freilich die Haftung des Geschäftsherrn auch für die weiteren Verhaltenspflichten, so kann man schlecht eine entsprechende Haftung auch bei den sonstigen Vertragsverhältnissen ablehnen. Entsprechen sich doch bei den einzelnen Vertragstypen - trotz einer gewissen Intensitätstoleranz - die Sorgfalts- und Schutzpflichten. Hätte man aber für alle Verträge die unbeschränkte Gehilfenhaftung hinsichtlich der Verletzung der weiteren Verhaltenspflichten anerkannt, so wäre der Haftungsumfang bei Haupt- und Schutzpflichten in der Weise verschieden gewesen, daß für die Schutzpflichten viel umfassender gehaftet worden wäre als für die eigentlichen Hauptpflichten. In verständlicher Scheu vor diesem Ergebnis stellte daher auch das Reichsgericht ⁽¹²⁵⁾ fest, daß die körperliche Intensität des Vertragspartners als Objekt der vertraglichen Schutzpflicht des Schuldners "nicht das von ihm, wie bei einer Werkverdingung, vertragsmäßig zu leistende Ergebnis seiner Tätigkeit" ist. § 2 Reichs-HaftpflG, wonach unter bestimmten Voraussetzungen der Betriebsinhaber für von Angestellten verschuldete Körperverletzungen haftet, sei "eine ganz singuläre Vorschrift".

Mit diesem Urteil wird zugleich klar, wie zurückhaltend die höchstrichterliche Rechtsprechung trotz fortschrittlicher Ansätze die vertragliche Gehilfenhaftung verstand. Letztlich bezogen sich die auffallenden Fortschritte stets nur auf die locatio conductio operis ⁽¹²⁶⁾ bzw. in Konsequenz der Erfolgsthese auf jeden, dessen Tätigkeit auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet ist ⁽¹²⁷⁾ -

125) Urteil vom 24. Mai 1884, RGZ 21, S. 170 ff. (171)

126) siehe auch OLG Braunschweig, SeuffArch 35, Nr. 202 und RGZ 23, S. 90 ff. (91).

127) z.B. beim gewerbsmäßigen Vermittler von Handelsgeschäften, RGZ 33, S. 169 ff.

3. Deliktische Gehilfenhaftung

Die Funkenflugfälle (128) brachten eine Fülle von Entscheidungen zur Haftung allgemein, speziell aber auch zur deliktischen Gehilfenhaftung. Soweit hierbei Fortschritte erkennbar sind, gilt ähnliches wie bei der vertraglichen Gehilfenhaftung. Im Blickpunkt standen ausschließlich die großen Transportanstalten.

- a) Das OAG München (129) stellte zwei auch von der späteren Rechtsprechung häufig aufgegriffene Grundsätze auf. Einmal werde der Satz, auf den sich die beklagte Eisenbahngesellschaft berufen hatte, "qui iure suo utitur, neminem laedit" leicht mißverstanden. Nicht dürfe etwa die an sich erlaubte Rechtsausübung zu Rechtseinbußen des Nachbarn führen. Zum zweiten hafte die Eisenbahn für jeden durch Bedienstete verschuldeten Schaden.

Dabei zieht das Gericht den Verschuldensrahmen recht weit. "Haben die Bahnbediensteten bei dem Vorbeifahren an dem Eigentum des Klägers die Maschine überheizt oder nur nicht Vorsorge getroffen, daß der zur Abführung des überschüssigen Dampfes oder Rauches bestimmte Kamin eine gemilderte und ungefährlichere Quantität von Funken oder gar keine aussprühte, und zwar an Plätzen, bei denen die Mitteilung und Verbreitung des Feuers nicht unwahrscheinlich oder doch möglich war, so haben sie ... fahrlässig gehandelt."

Zur Frage der Beweislast findet sich jedoch kein Hinweis.

128) Der Sachverhalt war regelmäßig so, daß aus der Lokomotive fliegende Funken zu Brandschäden unbeteiligter Dritter führten.

129) Erkenntnis vom 11.5.1853, SeuffArch 10, Nr. 164.

Die Anforderungen, die das OAG München hier an die Bahnbediensteten stellt, zeigen, daß das Gericht letztlich wohl sogar an eine Gefährdungshaftung dachte.

- b) Diese Vermutung wird durch ein Erkenntnis des Oberhofgerichtes Mannheim vom 20.12.1859 ⁽¹³⁰⁾ bestätigt. Zwar wurde hier als Rechtsgrundlage die Verschuldenshaftung nach S. 1382 und 1383 Badisches Landrecht angesehen. Das Fahren mit der funkensprechenden Eisenbahn wurde allein vom Gericht als ein Verschulden begründend angesehen, obwohl zugestanden wurde, daß die Eisenbahn nur ein ihr zustehendes Recht ausübte und auch die Lokomotive auf dem neuesten Stand der Technik war. Auf ein Verschulden der Bediensteten wurde die Haftung gar nicht mehr abgestellt, - ein Schritt weiter hin zur Gefährdungshaftung ⁽¹³¹⁾.

- c) Eine Beschäftigung mit der Frage der Beweislast findet sich dann in einem ausführlichen Erkenntnis des OAG München vom 16. April 1861 ⁽¹³²⁾, das nicht nur die Ergebnisse der bisherigen Erkenntnisse bestätigt, sondern teilweise sogar darüber hinausgeht. Es wird über die Verschuldenshaftung hinaus

130) SeuffArch 13, Nr. 235.

131) Die recht begriffsjuristischen Versuche und Bemühungen, bei den Funkenflugfällen das Verschuldensprinzip nicht zu verlassen, um nicht das pandektistische System zu sprengen, blieben der Wissenschaft freilich nicht verborgen, 17. DJT I, S. 392.

132) SeuffArch 14, Nr. 208.

die Haftung allein schon auf die Gefährlichkeit der Eisenbahn schlechthin gestützt. Das Gericht schließt daraus, daß die Eisenbahnen ihren Gehilfen allgemein Instruktionen zur Verhütung von Bränden gegeben haben und eine Reihe von Prozessen dieser Art bereits führten, eine stets schuldhafteste Handlungsweise, wenn trotzdem Eisenbahnen noch betrieben werden (133).

Der Beschädigte muß daher lediglich seinen Schaden beweisen und daß dieser durch die Funken verursacht ist. Den Beweis vom Verschulden der Bahn oder deren Bediensteter braucht er nicht zu führen.

- d) Die Haltung der Rechtsprechung zur deliktischen Gehilfenhaftung wird in einem Erkenntnis des OAG Leipzig vom 17. Dezember 1873 nochmals mit eingehenden Nachweisen bestätigt (134). Die Haftung für Verschulden der Bediensteten sei in den Gebieten des gemeinen Rechts allgemeine Rechtsüberzeugung, zumindest soweit sie die großen Transportunternehmer betreffe. § 25 preußisches Eisenbahngesetz und § 1 Reichs-HaftpflG seien daher nur von Bedeutung und würden neues Recht bringen, soweit sie "die Haftung über das Verschulden des Bediensteten hinaus ausdehnen". Dem entsprechend begnügen sich die späteren Entscheidungen (135) damit, auf die schon zum Gewohnheitsrecht erstarkte allgemeine Rechtsüberzeugung hinzuweisen.

133) OAG München aaO, S. 358.

134) SeuffArch 30, Nr. 145.

135) vgl. ROHG Leipzig v. 11. Januar 1877, SeuffArch 34, Nr. 212 und OLG Hamburg vom 22. Mai 1883, SeuffArch 39, Nr. 302.

Die deliktische Gehilfenhaftung ist somit erstmalig im Bereich der großen Transportanstalten der umfassenden vertraglichen Gehilfenhaftung gleichgestellt worden. Die in allen Urteilen zum Ausdruck kommende grundsätzliche Beschränkung dieser Haftung auf bestimmte Bereiche des Verkehrs und der Wirtschaft erhält zudem in der späteren rechtspolitischen Diskussion (136) weiteres Gewicht. Für Spezialfälle erweise sich - wie eben die Rechtsprechung zeige - die weitgehende Haftung als notwendig und praktikabel. Darüber hinausgehend fehle jedoch jede Notwendigkeit oder auch Erfahrung. Eine allgemeine erweiterte Haftung sei daher gegenüber den anderen Betroffenen unverantwortlich. Soweit allerdings die Rechtsprechung als Vorbild für eine allgemeine Regelung der Gehilfenhaftung herangezogen wird, beschränkt sich das ausschließlich auf den vertraglichen Bereich mit der Erfolgstheorie (137).

136)so vor allem auf den Juristentagen 1884 und 1886, vgl. unten bei Enneccerus.

137)vgl. auch hier die Diskussion bei den Juristentagen.

2. Abschnitt

Die Gesetzgebung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts
(unter besonderer Berücksichtigung des Code Civil).

1. Vorbemerkung: Während die Rechtswissenschaft im Grundlagenstreit um das richtige System und in der Suche nach der eigenen Position gelegentlich ihre eigentlichen Aufgaben vernachlässigte, waren von einer mehr der politischen Erneuerung als der Bewahrung rechtlicher Tradition dienenden Gesetzgebung in Fragen einer anders, liberaler oder sozialer gedachten Geschäftsherrnhaftung neue Impulse zu erwarten. Zwar wurde die Gesetzgebung im 19. Jahrhundert in den klassischen Rechtsmaterien durchweg von den Rechtsgelehrten und Fachjuristen (137a) befruchtet und geprägt. Dennoch führte das nicht zu einer geistigen Identität zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Das eigene rechtstheoretische Gewicht der Gesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts liegt zudem in der Verschiedenartigkeit der bestehenden Rechtsordnungen mit ihren Auswirkungen auf das gemeinsam zu schaffende deutsche Zivilrecht. Eine besondere Rolle kommt dabei der französischen Zivilgesetzgebung zu, da die Grenzgebiete unter dem politischen Einfluß Deutschlands gleichwohl im französischen Rechtskreis verhaftet blieben und damit den Rechtsfluß über die partikularrechtlichen Grenzen hinweg begünstigten.

II. Der Code Civil

1. Allgemeines

In Frankreich war man, bedingt durch die politische Situation, viel früher als in Deutschland in der Lage, ein einheitliches Zivilrecht zu schaffen. Die von Napoleon am 13.8.1800 eingesetzte vierköpfige Kommission legte schon nach vier Monaten einen Entwurf vor, der nach eingehender Beratung am 21.3.1804 als "Code civil des Francais" verkündet wurde ⁽¹³⁸⁾. Zugleich wurde damit das gesamte frühere bürgerliche Recht aufgehoben ⁽¹³⁹⁾.

Die Quellen für den CC waren das Gewohnheitsrecht (la coutume), das Römische Recht und die königlichen ordonnances. Sie schafften erstmals ein für das gesamte Staatsgebiet einheitlich geltendes Recht ⁽¹⁴⁰⁾ und das aus der Revolution hervorgegangene "Zwischenrecht" ("droit intermédiaire"). Die Arbeiten von Robert Joseph Pothier zu den Pandekten, den coutumes und die Darstellung der Quellen in seinem Werk "Les Digestes" waren die Grundlage für die Redaktion des CC ⁽¹⁴¹⁾.

138) Zur Entwicklung, Zachariae I, S. 21 ff.; Heinsheimer Einleitung S. VI ff.; Ferid, 1 A 22 ff.; Mazeaud - Tunc, Nr. 857 ff. m.w.N.

139) Das ist einer der Gesichtspunkte für die besondere Stellung des CC im Vergleich etwa zu Gesetzesvorhaben dieser Zeit im deutschen Raum.

140) vgl. Ferid, 1 A 16.

141) vgl. Heinsheimer aaO, S. V; Ferid, 1 A 21, zu 3; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 340 ff.

2. Das Verschuldensprinzip

- a) Auch im französischen Recht gründet sich die Verantwortlichkeit wegen deliktischen oder quasideliktischen ⁽¹⁴²⁾ Verhaltens auf ein Verschulden der haftbaren Person ⁽¹⁴³⁾. Das Verschuldensprinzip gilt nicht nur für eigenes Handeln, sondern nach der Vorstellung des Gesetzgebers und nach ersten Stimmen in der Literatur auch für die Handlungen von Gehilfen. Art. 1384 Abs. 5 ⁽¹⁴⁴⁾ bestimmt: "Les maîtres et commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés".

Über die Haftungsvoraussetzungen besteht im wesentlichen Einigkeit ⁽¹⁴⁵⁾. Lediglich die Abgrenzung von Handlungen des Gehilfen "dans les fonctions auxquelles ils les ont employés" hat der französischen Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet und wurde immer großzügiger ausgelegt ⁽¹⁴⁶⁾.

142) Dabei sind nach Pothier - Nachweise bei Zachariae, aaO § 413, Fußn. 1, - deliktische die vorsätzlichen, quasideliktische die fahrlässigen unerlaubten Handlungen. Anders zunächst Zachariae, II § 416, der die Haftung für eigene Tat als délit, die Haftung für fremde Tat und für Schaden durch Sachen als quasi - délits bezeichnet. Zu den Bedeutungen vgl. Ferid, S. 820 Fußn. 4 und Zachariae, § 413.

143) Art. 1382, 1383

144) entspricht dem früheren Art. 1384 Abs. 3.

145) i.e. Ferid, 2 M 121 ff.

146) Beispiele bei Savatier, Nr. 318 ff und Mazeaud - Tunc aaO.

- b) Art. 1384 steht in dem Kapitel "responsabilité délictuelle", regelt also zunächst lediglich die deliktische Gehilfenhaftung. Die vertragliche Gehilfenhaftung ⁽¹⁴⁷⁾ ist im französischen Recht allgemein nicht geregelt. Die Rechtsprechung bedient sich jedoch auch hierfür der dem Deliktsrecht zugehörigen Norm des Art. 1384 ⁽¹⁴⁸⁾.

Dabei überrascht, daß die grundsätzliche Unterscheidung von vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung und damit die klare systematische Einordnung erst zu einem Zeitpunkt erfolgte ⁽¹⁴⁹⁾, zu dem dieses Verhältnis im Bereich des BGB längst geklärt war ⁽¹⁵⁰⁾.

Der CC kennt nur Einzelfälle, in denen eine vertragliche Gehilfenhaftung ausdrücklich bestimmt wird (Art. 1735 für Untermieter, Pächter und Familienangehörige; Art. 1797 für Beschäftigte beim Werkvertrag; Art. 1935 die Hotelierhaftung für Bedienstete und Angestellte, aber auch für Fremde; Art. 1994 für Unterbeauftragte unter gewissen Umständen) ⁽¹⁵¹⁾.

- c) Ist man sich über Anwendungsbereich und Haftungsvoraussetzungen des Art. 1384 einig, so besteht nach wie vor

147) i.e. Mazeaud - Tunc, Nr. 965 ff..

148) Ferid I, 2 C 40.

149) durch Bequé, Rev. Trim. Dr. Civ. 1914, S. 251 ff.

150) Der zeitliche Unterschied dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, daß eine Differenzierung wegen der gemeinsam angewandten Bestimmung des Art. 1384 praktisch bedeutungslos war.

151) i.e. Ferid, 2 C 40.

Streit über seine Rechtsnatur (152).

Die Gesetzesmaterialien begründeten die Haftung des Geschäftsherrn damit, daß anzunehmen sei, er habe die betreffenden Dienstleute entweder schlecht ausgewählt oder nicht gehörig instruiert und überwacht (153). Haftungsgrund sei also eine praesumptive culpa in eligendo vel custodiendo ("présomption de faute"). Schon sehr bald wurde jedoch eine Verschuldenshaftung angezweifelt, weil dann ein Exkulpationsbeweis möglich sein müsse, der aber gerade nicht vorgesehen war.

Zuweilen wurde auch der eigentlich nur im rechtsgeschäftlichen Bereich verwendbare Stellvertretungsgedanke herangezogen: "En exerçant les fonctions qui lui sont confiées, le préposé représente le commettant" (154), oder noch modifiziert als Vertretung in Tathandlungen (155) verwendet, wonach der Gehilfe lediglich der verlängerte Arm des Geschäftsherrn ist, die Tat des Gehilfen also dem Geschäftsherrn unmittelbar zugerechnet wird. Beide bilden haftungsrechtlich eine Einheit: "La responsabilité du commettant et du préposé se confondent". Das Verschulden des Gehilfen ist für den Verletzten

152) Zwar sollte dieser Streit - wie Ferid, 2 M 119, zu Recht bemerkt, - in seiner praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Immerhin ist er aber in vieler Hinsicht ein bemerkenswertes Vorbild für die in Deutschland gleichermaßen feststellbaren Schwierigkeiten einer systematischen Einordnung der Gehilfenhaftung, und zeigt in der wissenschaftlichen Erörterung manche Parallelen.

153) Darstellung der verschiedenen Auffassungen bei Mazeaud - Tunc, Bd. I 5. Aufl.

154) Planiol - Ripert - Boulanger, Bd. II Nr. 1115

155) Baur, Karlsruher Forum 1962, S. 15 nennt sie Substitutionstheorie.

das eigene Verschulden des Geschäftsherrn (156).
Gegen diese Überlegungen spricht jedoch, daß die Haftung des Geschäftsherrn die des Schädigers nicht ausschließt. Zudem ist der Rückgriff, der dem Geschäftsherrn zugestanden wird, mit dem Stellvertretungsgedanken kaum vereinbar. Außerdem - wendet die französische Doktrin ein - sei dieses Argument nichts weiter als eine Fiktion, der Geschäftsherr habe selbst gehandelt. Diese Fiktion könne aber nicht richtig sein, weil nicht nachweisbar ist, daß der Geschäftsherr, wenn er selbst gehandelt hätte, in gleicher Weise schuldhaft den mißbilligten Erfolg herbeigeführt hätte. Diese herkömmliche Auffassung ist daher ebenso umstritten (157) wie die auf Planiol zurückgehende Theorie des "risque - profit", wonach derjenige, der aus einem Unternehmen den wirtschaftlichen Nutzen zieht, auch das damit verbundene Risiko der Schädigung Dritter zu tragen hat:
"La loi de connexité entre le profit et le risque, possède une valeur à la fois économique et morale".
Denn wenn die Haftung allein deshalb eintritt, weil zugleich mit dem Geschäftsbereich der Risikobereich erweitert wird, dann ist nicht recht verständlich, warum nur für diese Delikte, nicht auch für sonstige rechtswidrige Schädigungen des Gehilfen gehaftet wird.

- d) Alle diese Versuche blieben für den Dogmatiker unbefriedigend, da eine systemreine Erklärung offensichtlich nicht auffindbar war. Auch eine Verbindung aller dieser Begründungen (158) konnte deshalb nur einen weiteren Behelf, aber keine Lösung bringen.

156) Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Bd. 2 S. 417, Nrn. 483, 484.

157) Streitstand bei Carbonnier, II Nr. 186

158) von Baur, aaO, als Kumulationsmethode bezeichnet.

Schließlich griff man wieder auf die Vorstellungen des Gesetzgebers zurück, räumte aber ein, daß die Idee der Verschuldenshaftung nur Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen gewesen sei. Die Gehilfenhaftung sei eine reine Garantie- oder Risiko-haftung. Denn die unwiderlegliche Schuldvermutung ist: "une formule verbale qui ne répond à rien puisque légalement l'existence ou l' inexistence d'une faute personnelle du maître est indifférente" (159).

3. Einfluß des CC auf die deutsche Gehilfenhaftung.

- a) Die Bedeutung, die der CC für das deutsche Recht hat, wird schon allein dadurch dokumentiert, daß er sowohl in den Gebieten des rheinischen Rechts wie auch in Baden übernommen wurde ⁽¹⁶⁰⁾ und bis zum 1. Januar 1900 in Kraft blieb. Somit war die in Art. 1384 zum Ausdruck gekommene deliktische Gehilfenhaftung in diesen Ländern unmittelbar geltendes Recht. Dabei brach das Badische Landrecht mit der bisherigen Kodifikationstechnik ⁽¹⁶¹⁾. Es übernahm nicht den CC als allgemeine Rechtsgrundlage und schaltete diesem, wie bisher im Gemeinen Recht die Landrechte der deutschen Territorien vor. Man erkannte vielmehr insgesamt den Code als großen, übernahmewürdigen Gesetzeskomplex an und ergänzte ⁽¹⁶²⁾

159) Savatier, Bd. I, Nr. 284; ähnlich auch schon Josserand, Bd. II, Nr. 513.

160) Die Übersicht bei Zachariae - Crome, Handbuch des franz. Civilrechts, S. 50 ff., zeigt, in welchen deutschen Ländern kurzzeitig der CC galt oder seine Einführung geplant war.

161) Zum richtigen Verständnis der badischen Kodifikationstechnik Neumayer, S. 176, Fußn. 151.

162) Insgesamt über 500 Zusätze, so G. Boehmer, AcP 151 S. 300.

nur da, wo man glaubte, auf älteres Recht nicht verzichten zu können oder Erläuterungen anbringen zu müssen (163).

Im Satz 1384 wurde so aus der Haftung für Gehilfenverschulden des Art. 1384 CC durch Einfügung des Entlastungsbeweises wieder eine Haftung für vermutetes eigenes Verschulden.

- b) Der Einfluß des CC beschränkte sich jedoch nicht nur auf die obengenannten Reichsländer. Durch den Gedankenaustausch der Zivilrechtswissenschaft wurden die Überlegungen zur Gehilfenhaftung in Deutschland ganz wesentlich beeinflusst (164). Das zeigt sich insbesondere bei den Beratungen des 17. (165) und 18. DJT und bei den Gesetzesmaterialien zum BGB (166),

163) vgl. Brauer, S. 7.

164) Neumayer, aaO, S. 181; Boehmer aaO, S. 305; ob das - wie Boehmer meint - auch für die strenge Haftung bei der locatio cond. operis gilt, ist allerdings zweifelhaft, weil sich hier im deutschen Recht schon sehr früh, ausgehend vom Römischen Recht und vom ALR eine eigenständige Entwicklung abzeichnete.

165) Dreyer, 17. DJT I, S. 77 ff.; Mayer, 17. DJT I, S. 125 ff.; Leonhard, 17. DJT I, S. 388; Jaques, 17. DJT II, S. 84 ff.; Petersen, 18. DJT I, S. 281 ff.;
vgl. dazu unten "Die Juristentage" S. 89 ff. und S. 128 ff.

166) Protokolle, Amtliche Ausgabe II, S. 29 f. = Mugdan II, S. 16 f.

gilt aber auch durchweg bei sonstigen Autoren, soweit die Gehilfenhaftung als Einzelproblem angesprochen wird. Schließlich befaßt sich sogar der jüngste Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz mit Art. 1384 CC (167).

III. Die Kodifikationen im deutschen Raum zum Handelsrecht.

1. Allgemeines

Sowohl die Gesetzgebung zum Handelsrecht als auch die Lehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts machen die unmittelbare Verbundenheit mit den Grundprinzipien des Römischen Rechts deutlich. Obwohl die Römer kein besonderes Handelsrecht hatten, waren deren Rechtslehren Grundlage für die Anfänge des deutschen Handelsrechts. Befand sich im ALR (168) eine noch recht knappe, immerhin aber für Preußen erstmalige gesonderte Regelung des Handelsrechts, so fehlte in den anderen Staaten noch eine entsprechende gesetzliche Grundlage (169). Vor allem die Herausbildung eines umfassenden Staatswesens (170) und der Wandel von der Agrar- zur Industriegesellschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts brachten für das Standesrecht der Kaufleute, wie es sich besonders in den großen Handelsstädten erhalten hatte, den Umschwung.

167) Referentenentwurf 67, Bd. 2, S. 89 f.

168) II. Theil, 8. Titel.

169) Lediglich das Großherzogtum Baden hatte 1810 eine deutsche Bearbeitung des Code de Commerce eingeführt und in verschiedenen kleinen Landesteilen galt der CdC auch nach den Befreiungskriegen weiter (vgl. im einzelnen Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte I, 1971, Sp. 1950).

170) So insbesondere die Bestrebungen der Zollvereinsstaaten nach einer einheitlichen Handelsgesetzgebung, vgl. das Hauptprotokoll der 1. Generalkonferenz in Zollvereinsangelegenheiten, München vom 12.9.1836, S. 95; zit. bei Goldschmidt, Handbuch, § 11 Fußn. 1.

Gleichzeitig mit der Trennung vom Zivilrecht und der selbständigen Entfaltung zeigte sich auch ein für die Gehilfenhaftung bedeutsames Moment. Mehr als bei der aus der historischen Schule gewachsenen "reinen" Zivilrechtslehre erschloß sich dem neuen Zweig die Möglichkeit, die Verkehrsanschauung, die Handelsbräuche und die wirtschaftlichen Bedürfnisse zu berücksichtigen. Andererseits blieb das Handelsrecht nicht ohne Rückwirkung auf das allgemeine bürgerliche Recht, da die typischen Formen und Erscheinungen des Handels mit seiner Ausweitung in immer weitere Kreise vordrangen (171) und die zunächst auf den Handel beschränkten Anschauungen dadurch allmählich Allgemeingut des Verkehrslebens wurden.

2. Erwähnung verdient zunächst die Verkehrsgesetzgebung Preußens, die von verschiedenen anderen Staaten übernommen wurde (172). Die Erfindung der Eisenbahnen und die von ihr ausgehenden Gefahren führten zu einer sehr schnellen Regelung der Haftungsfragen in § 25 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838. Grundsätzlich sollte für jeden Personen- und Sachschaden bei der Beförderung gehaftet werden, es sei denn, der Schaden wäre durch eigene Schuld des Verletzten

171) vgl. Goldschmidt, Handbuch, § 37 Fußn. 5 und 7.

172) oder sie wurde zumindest in die Betriebsreglements einzelner Eisenbahngesellschaften übernommen; vgl. den gleichlautenden § 56 des Betriebsreglements der holsteinischen Eisenbahnen von 1852, in Fußn. zum Abdruck des Erkenntnisses des Obergerichts zu Glückstadt vom 23. März 1852, bei W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, Anlage 15, S. 167.

oder durch unabwendbaren äußeren Zufall eingetreten. Dabei sollte ein aus der gefährlichen Natur der Eisenbahn selbst herrührender Schaden (zum Beispiel auch die Explosion des Dampkessels oder durch die aus der Lokomotive sprühenden Funken ⁽¹⁷³⁾) kein unabwendbarer Zufall sein.

Da § 25 des Gesetzes vom 3.11.1838 auf dem Vorbild der gemeinrechtlichen Rezeptenhaftung ⁽¹⁷⁴⁾ beruhte ⁽¹⁷⁵⁾, war die Rechtsfolge entsprechend eine Haftung ohne Verschulden. Damit wurde in gewissem Umfang die actio de recepto auch für die Entwicklung der Gehilfenhaftung wichtig, weil sich hier eine bewußte Durchbrechung des Verschuldensgrundsatzes andeutete, der bislang eine Ausdehnung der Gehilfenhaftung verhindert hatte. Um zu einen den Bedürfnissen entsprechenden Regelung zu gelangen, war vielfach versucht worden, die Rezeptenhaftung auf andere Bereiche auszuweiten, also insbesondere den Schiffern die Frachtführer ⁽¹⁷⁶⁾ gleichzustellen ⁽¹⁷⁷⁾. Da sich jedoch die actio de recepto unstreitig bloß auf die Güter der Reisenden bezog, während nunmehr gewerbsmäßige

173) Beispiele bei Achilles Renaud, Rechtliche Gutachten Bd. I, S. 29.

174) Die Rezeptenhaftung paßte von ihren Voraussetzungen her freilich nicht auf Beschädigungen von Gütern, die der Eisenbahn nicht zur Beförderung oder Verwahrung anvertraut waren.

175) Unmittelbares Vorbild war allerdings § 1734 II, 8 ALR: "Den ausgemittelten Schaden muß der Schiffer ersetzen, wenn er nicht nachweisen kann, daß selbiger durch inneren Verderb der Ware oder durch einen äußeren Zufall entstanden sei, dessen Abwendung er nicht in seiner Gewalt gehabt", eine Bestimmung, die ihrerseits aber auf das bekannte Rezeptenedikt L 3, § 1 D 4, 9 zurückgeht; vgl. Goldschmidt ZHR 3, S. 364 Fußn. 162 m.w.N..

176) Privatfuhrleute, Eisenbahnen, Posten.

177) Müller, Über die actio de recepto und ihre analoge Anwendung auf die Postanstalten, Leipzig 1835.

Gütertransporte erfaßt werden sollten, ließ sich eine derartige Ausdehnung nur über den Gesetzgeber erreichen, der partikularrechtlich zum Teil auch dieser Forderung folgte (178).

Allerdings war man sich unter den Pandektisten über die Rechtsnatur der Rezeptenhaftung uneinig. Mal wurde die Verpflichtung *ex recepto* als vertraglich, etwa ähnlich der Miete (179), mal als vertragsähnlich (180) bezeichnet oder wie bei Goldschmidt (181) als praetorisches Obligationsverhältnis, das heißt, die gesetzliche Verpflichtung wurde allein an den Akt der Aufnahme geknüpft.

Wie über die Rechtsnatur, so bestand auch über den Haftungsumfang Uneinigkeit, insbesondere darüber, was unter höhere Gewalt falle. Teilweise geriet man dabei

178) vgl. für die Posten, Müller aaO, §§ 29 ff., für die Gebiete des französischen Rechts Art. 1782 - 1786 C.C., für die Inhaber öffentlicher Landkutschen in Preußen §§ 2452 - 2462 II, 8 ALR und später auch die handelsrechtlichen Bestimmungen, Burchardi, S. 179.

179) Glück IV, S. 112, Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. § 571; C.F. Koch, Das Recht der Forderungen III S. 827; Müller aaO S. 14 ff.; Sintenis, Civilrecht II, S. 692 Fußn. 1; Mühlenbruch S. 323; Puchta, S. 365; Windscheid Bd. 2, S. 389 und Brinz, Pandekten, S. 442, forderten zusätzlich zum Vertrag den Realakt der Aufnahme, verstanden also die *actio de recepto* als Realvertrag.

180) Münter, Abschnitt II, S. 1 ff..

181) ZHR 3, S. 64 Fußn. 10; S. 103, Fußn. 79.

wieder in den Bereich der Verschuldenshaftung ⁽¹⁸²⁾, wobei man allerdings die Verschuldensanforderungen sehr ausdehnte. Wenn durch entsprechende Ausweitung des objektiven Sorgen- und Pflichtenkreises der konkret-materielle Gehalt der actio de recepto auch nicht unbedingt eingeengt wurde, so zeigt sich doch darin das Bestreben, den vertrauten dogmatischen Boden nicht zu verlassen ⁽¹⁸³⁾. Selbst die gegenüber dem Frachtrecht erheblich verschärfte Haftung des preußischen Eisenbahngesetzes und auch die entsprechende Bestimmung des § 10 Postgesetz vom 5. Juni 1852 ⁽¹⁸⁴⁾ führten jedoch nicht

- 182) so ist für Mittermaier, S. 699 die höhere Gewalt ein Ereignis, das "der Schuldner nicht vorhersehen und vermeiden konnte, in Ansehung dessen ihn auch kein Verschulden trifft", während C.F. Koch, Privatrecht, S. 688, eine Verschärfung der üblichen Vertragshaftung - sogar die Haftung für culpa levissima - für überflüssig und falsch hält.
- 183) Diese Tendenz weist Goldschmidt, ZHR 3, S. 370 ff., auch bei verschiedenen Gesetzesentwürfen zum Frachtrecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nach, wo man bei der Einführung der Rezeptenhaftung stets im Bereich der Verschuldenshaftung glaubte bleiben zu müssen.
- 184) "Die Postverwaltung leistet dem Absender Ersatz für den Verlust und die Beschädigung folgender ihr zur Beförderung eingelieferter Gegenstände: Für einen durch verzögerte Beförderung oder Bestellung dieser Gegenstände entstandenen Schaden leistet die Postverwaltung nur dann Ersatz wenn die Sache durch verzögerte Beförderung oder Bestellung verdorben ist, oder ihren Werth bleibend verloren hat. Die Verbindlichkeit zur Ersatzleistung bleibt ausgeschlossen, wenn der Verlust
- a) durch eigene Fahrlässigkeit des Absenders, oder
 - b) durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses oder durch einen Zufall, wohin jedoch Raub und Diebstahl niemals gerechnet werden sollen, herbeigeführt worden ist, "

zu einer besonderen Beachtung der Haftung ohne Verschulden. Nach wie vor halten Wissenschaft und Rechtsprechung ⁽¹⁸⁵⁾ am Verschuldensgrundsatz fest und betrachten die Haftung ohne Verschulden als Entwicklung eines Sonderrechts, das einer systematischen Einordnung in die bestehende Schadensordnung nicht bedarf ⁽¹⁸⁶⁾.

Die Gehilfenhaftung, die sich noch nicht als besonderes Problem herausgebildet hatte, sondern nur als Annex zur allgemeinen Haftung erschien, paßte sich demgemäß deren Stand und deren Entwicklung an.

3. Der preußische "Entwurf eines Handelsgesetzbuchs".

Unabhängig von den Arbeiten zur Schaffung eines allgemeinen, für alle Staaten geltenden Handelsrechts wurde in der Jahrhundertmitte (1857 veröffentlicht) von Preußen ein eigener Gesetzesentwurf zum Handelsrecht vorgelegt, der sich gerade in der Haftungsfrage keine dogmatischen Zwänge auferlegte, sondern die umstrittenen Fragen nach den Bedürfnissen und Usancen des Handels löste.

185) In der Praxis führt die verschärfte Haftung sehr bald zu Haftungsbeschränkungen der Transportunternehmer; erstmalig werden sie auch formularmäßig erfaßt, i.S. Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Der Erscheinung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere etwa in den Reglements der Eisenbahnen, stand die Rspr. jedoch sehr skeptisch gegenüber. Vgl. allein die Entscheidung des Handelsgerichts Köln über die Rechtmäßigkeit solcher formularmäßiger Haftungsbeschränkungen im Rheinischen Archiv 45, S. 129; 47, S. 35; 47, S. 97; 48, S. 92 aus den Jahren 1849 und 1850; später RGZ 20, S. 115 ff.

186) Esser, Gefährdungshaftung, S. 49; Bienenfeld, S. 23; anders Mühlenbruch, Pandekten II, S. 327.

- a) So haftet der Prinzipal für seinen Faktor und andere Handelsbevollmächtigte ⁽¹⁸⁷⁾ im deliktischen Bereich aus Gründen der Verkehrssicherheit ⁽¹⁸⁸⁾ und der Zumutbarkeit für den Verletzten ⁽¹⁸⁹⁾ ebenso unbeschränkt ⁽¹⁹⁰⁾, wie der Reeder für Schiffer und Mannschaft ⁽¹⁹¹⁾, wobei sich letzterer freilich durch Aufgabe seiner Part befreien konnte ^(191a).
- b) Ebenso wird im vertraglichen Bereich mit den dringenden Verkehrsbedürfnissen ⁽¹⁹²⁾ die Haftung des Spediteurs ⁽¹⁹³⁾, des Frachtführers ⁽¹⁹⁴⁾ und der Eisenbahn ⁽¹⁹⁵⁾ begründet. Die Haftung des Schiffers ⁽¹⁹⁶⁾, die schon im ALR nach dem Rezeptenedikt gestaltet war, übernahm man mit Ausnahme der Haftung für die "Reise-Effekten" ⁽¹⁹⁷⁾, wo ein Verschulden des Schiffers oder seiner Leute zwar vermutet wurde ⁽¹⁹⁸⁾, der Beweis des Gegenteils aber möglich war. Hierbei hielt man sich bewußt an das französische Vorbild ⁽¹⁹⁹⁾.

187) Art. 42, 50, 57.

188) Motive S. 28 ff..

189) Motive, S. 226.

190) allerdings nur für in Ausführung der Verrichtung begangene Schädigungen.

191) Art. 42, 407.

191a) Dieses Prinzip der gegenständlich beschränkten Haftung des Reeders wurde im neueren Handelsrecht in den Fällen des § 486 Nr. 1 bis 3 HGB beibehalten und gilt bis heute. Es wird jedoch im Rahmen der geplanten Neuordnung - vgl. die Übersicht in VersR 71, S. 305 f. und Freise VersR 72, S. 121 ff. - der Summenhaftung weichen, wie sie in den anderen Sonderrechten des Verkehrs bereits gilt.

192) Motive, S. 165 f. und 171 f.

193) Art. 300

194) Art. 313

195) Art. 326

196) Art. 496

197) Art. 533

198) Motive S. 287

199) Art. 99 Code de Commerce, vgl. Motive S. 165 ff.

Damit bringt der preußische Entwurf erstmalig auf dem Gebiet der Handelsgehilfen eine besondere Regelung der deliktischen Haftung und macht den Kunstruktionsversuchen über eine erweiternde Auslegung des Rezeptenedikts auf Haftungsbereiche des Handels ein Ende, indem er einheitlich für Spediteur, Frachtführer und Eisenbahn eine umfassende Haftung vorschlägt.

4. Das ADHGB

Der preußische Entwurf und seine Motive bildeten neben dem österreichischen Entwurf die Grundlage ⁽²⁰⁰⁾ für die Arbeiten der Nürnberger Kommission ⁽²⁰¹⁾ zur Schaffung eines ADHGB ⁽²⁰²⁾. Mit dem frischen Schwung, mit dem man sich an das Handelsrecht allgemein gemacht hatte, ging man auch an die Fragen der Gehilfenhaftung.

- a) Zu Artikel 42, der die Gehilfenhaftung bei der Prokura betraf, wurde bei der ersten Lesung erklärt, diese Bestimmung beziehe sich allein auf den deliktischen Bereich des Prokuratträgers und erfasse nicht nur dessen vorsätzliche, sondern auch seine fahrlässigen Beschädigungen ⁽²⁰³⁾. Der Einwand, diese Bestimmung sei zu streichen, weil sie inhaltlich dem Zivilrecht zugehörig sei, wurde zurückgewiesen. Das Handelsrecht

200) Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz - Buches, Nürnberg 1857, S. 4; dabei bildete der Preußische Entwurf gewissermaßen den "Leitfaden", Protokolle S. 6.

201) Von der Kommission, die in Nürnberg tagte wurde Buch I - IV, von der Hamburger Kommission Buch V (Seerecht) beraten.

202) Über die Entstehungsgeschichte des ADHGB vgl. Goldschmidt, Handbuch I §§ 10 - 19.

203) Protokolle aaO, S. 85.

gehe in dieser Frage gerade über das Zivilrecht (204) hinaus, da dort der Prinzipal nur für schuldhaftes Schädigen seines Bevollmächtigten hafte, während hier die Haftung auch ohne Verschulden eintrete (205). Desgleichen wurde ein Antrag zurückgezogen, die Haftung ausdrücklich für nur bei Gelegenheit der Ausführung eines Geschäfts verübte Beschädigungen auszuschließen, weil schon nach den Motiven "sich dieser Zusatz von selbst verstehe." Zudem wollte man die Frage offenlassen, "ob die Haftung des Prinzipals bloß in den Fällen eintrete, in welchen die beschädigende Handlung in den Bereich des auftragsgemäßen Geschäftskreises des Bevollmächtigten fällt, oder auch in denjenigen, in welchen dieser eine Handlung vornimmt, welche zwar mit seinen Geschäften zusammenhängt, aber doch nicht eigentlich zu seinen Verrichtungen gehört."

Damit bestimmte Art. 42 eine deliktische Haftung für Prokuristen, die nicht mehr auf das Verschulden des Geschäftsherrn abstellte.

Allerdings wollte man zunächst nur die Schäden erfassen, die bei Vornahme auftragsgemäßer (206) Rechtsgeschäfte erfolgt sind. Andererseits wollte man offen-

204) Offensichtlich war man sich bei den Beratungen zur 1. Lesung auch der Schwierigkeiten bewußt, die die Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Zivilrechts schaffte. Man wollte es für das einheitliche Handelsrecht nicht bei den haftungsrechtlichen Unterschieden der verschiedenen Zivilgesetzbücher der Länder belassen.

205) Protokolle aaO, S. 85.

206) Diese etwas unglückliche Formulierung meint nichts anderes, als daß die Handlung zum Geschäftskreis des Prokuristen gehören mußte. Nicht war gewollt, daß etwa schon der Auftrag die Beschädigung bezweckte.

lassen (207), ob dazu auch alle die Handlungen zu rechnen sind, die zu dem Geschäftskreis des Prokuristen im allgemeinen gehören (208).

In dritter Lesung distanziert man sich jedoch wieder von der ursprünglichen Meinung und streicht diese Bestimmung, weil sie dem Code de Commerce entnommen sei, der auf einer entsprechenden zivilrechtlichen Haftung basiere. Diese Grundlage fehle aber im deutschen Recht (209).

- b) Schon in erster Lesung spricht sich die Mehrheit jedoch gegen die unbeschränkte Haftung für Handlungsgehilfen und sonstige Bevollmächtigte aus (210), weil in diesem Bereich die allgemeine zivilrechtliche Haftung ausreichend sei und es zu weit gehe, "wenn der Kaufmann für allen aus den Verrichtungen seines Personals entspringenden Schaden haftbar gemacht werde" (211). Eine Ausnahmeregelung, wie sie das Römische Recht in der Rezeptenhaftung "für Schiffer, Fuhrleute und Wirte mit Rücksicht auf die in Frage tretenden Persönlichkeiten für erforderlich gehalten habe", liege nicht vor (212).

Die Minderheit hielt dagegen die weitergehende Haftung für unentbehrlich. "Der Kaufmann müsse dafür haften, daß nicht durch die Verrichtungen seines

207) Protokolle S. 85, vgl. auch S. 100

208) entsprechend der Auffassung, wie sie sich später zu § 831 BGB entwickelte, vgl. RGZ 92, S. 345

209) Protokolle aaO, S. 4516 ff.. Damit wird gerade das Argument, das zunächst Motiv für die Schaffung dieses Artikels war, nunmehr zum Motiv für seine Streichung

210) Art. 50, 57

211) Protokolle aaO S. 100

212) Protokolle S. 100

Personals Beschädigungen des Publikums entstünden" (213).

Beim Frachtführer wurden bei den Beratungen zwei Haftungsmöglichkeiten ins Auge gefaßt (214).

- aa) Die Minderheit glaubte, es genüge, daß er für die höchste Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers einzustehen habe, er also frei werde, wenn er nachweise, daß der Schaden trotz Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten sei. Die weitergehende Haftung des Receptum lasse sich nicht rechtfertigen, weil die Verhältnisse bei Fuhrmann und Schiffer verschieden seien. Die Haftung für Zufall, das heißt also zum Beispiel Diebstahl, werde auch im gemeinen Recht nur teilweise praktiziert.
- bb) Die ganz überwiegende Meinung, vor allem aus dem Kaufmannsstand, sprach sich jedoch für eine dem Receptum entsprechende Haftung aus. Sie entspreche nicht nur der Praxis, sondern sei auch Folge des Mißtrauens gegenüber den angesprochenen Personen, bei denen man keine Möglichkeit habe, "ihre Tätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit zu kontrollieren" (215). Zudem würden unter die geplante Vorschrift auch Schiffer auf Flüssen und Binnengewässern fallen, für die kein Anlaß bestünde, vom Receptum abzuweichen.

213) Das von dieser Minderheit zu Gunsten der weiteren Fassung der deliktischen Gehilfenhaftung vorgetragene Beispiel zeigt jedoch daß die Abgrenzung der vertraglichen von der deliktischen Gehilfenhaftung unklar war: "so sei es gewiß angemessen, daß der Prinzipal dafür hafte, wenn die in eine kaufmännisch betriebene Färberei gebrachten Stoffe durch schädliche Ingredienzien verdorben würden." Protokolle S. 100

214) Protokolle aaO, S. 794; Art. 310 des Entwurfes; Art. 335 I. Lesung

215) Protokolle, S. 794

c) Daneben sollte der Fall gleich mitgeregelt werden, daß der Frachtführer nicht selbst den Transport vornimmt, sondern - wie regelmäßig bei größeren Betrieben - durch seine Leute oder durch Zwischenfrachtführer⁽²¹⁶⁾.

aa) Mit nur einer Gegenstimme wurde folgender Antrag angenommen⁽²¹⁷⁾: "Der Frachtführer haftet für die Ausführung des von ihm übernommenen Transportes, gleich ob er ihn selbst oder ob er ihn durch seine Leute oder durch andere Personen ausführt".

Dabei wurde besonderes Gewicht auf die Worte "von ihm übernommen" gelegt⁽²¹⁸⁾, um die nach der Art des Vertrages mögliche Verschiedenheit des "Frachtvertrages" klar herauszustellen. Entweder handele es sich um einen einheitlichen Frachtvertrag, dann hafte der Frachtführer auf der gesamten Transportstrecke, gleichviel, ob er nun gerade selbst transportiere oder ob das für ihn ein anderer erledige. Sei aber im Frachtvertrag vereinbart, daß der Frachtführer die Ware nur bis zu einem bestimmten Ort schaffen und er sich dann darum kümmern solle, daß sie von da weitergeschafft werde, so sei dieser zweite Vertragsteil ein Speditionsvertrag, ein neben dem Frachtvertrag abgeschlossener "Nebenvertrag", in dem "der Frachtführer den Auftrag erhalte die Personen zu wählen, welche den Weitertransport besorgen sollten"⁽²¹⁹⁾. Hinsichtlich dieses zweiten Vertragsteils hafte der Frachtführer dann nur für culpa in eligendo.

216) Art. 313 des Entwurfs

217) Art. 338 Abs. 1, 1. Lesung; Protokolle aaO, S. 818

218) Protokolle, S. 817

219) ebenda

Welche der beiden Möglichkeiten gewollt sei,
sei Tatfrage.

Abgelehnt wurde ein Zusatz, wonach die Haftung des Frachtführers auf den Zwischenfrachtführer übergehe, wenn der Absender wisse, daß sich der Frachtführer bei seinem Transport anderer Frachtführer bedienen müsse. Das wäre gerade bei den Eisenbahnen für die Absender unzumutbar, da er dann möglicherweise mit fremden Eisenbahnverwaltungen an entfernten Orten Prozesse führen müsse.

bb) In der dritten Lesung wird diese Fassung nochmals geändert und umfaßt nunmehr ausschließlich die Erfüllungsgehilfen. Von der im Rezeptenedikt angesprochenen Haftung bis zur höheren Gewalt bleibt damit wegen deren besonderer Bedeutung lediglich die unbeschränkte Gehilfenhaftung übrig.

d) Wie wichtig die Eisenbahn als Mittel des Frachtverkehrs genommen wurde und wie ernst man die damit zusammenhängenden Haftungsfragen nahm, zeigt Art. 423 ADHGB, der die Einschränkung oder den Ausschluß der Eisenbahnhaftung unmöglich machen sollte. Hier witterte der Gesetzgeber besondere Gefahr ⁽²²⁰⁾. Die Reglements der Eisenbahngesellschaften mit den entsprechenden Geschäftsbedingungen und die vielfach daraus resultierenden Prozesse legen diesen Schluß nahe ⁽²²¹⁾.

220) Mit Ausnahme bei den Eisenbahnen - hat das ROHG und das RG mehrfach betont - sei eine Einschränkung oder ein Ausschluß der Haftung der Frachtführer durchaus zulässig, Förtsch, Kommentar zum ADHGB Bd. II, Art. 395 Anm. 12 m.w.N. und Art. 400 Anm. 6

221) vgl. oben Fußn. 185

- e) Für den Spediteur (222) wendet man sich gegen den Vorschlag des Entwurfs. Er beruhe auf französischem Recht (223). Die deutschen Verhältnisse seien jedoch anders. Der deutsche Spediteur sei nicht mit dem französischen "entrepreneur" zu vergleichen. Das deutsche Speditionswesen sei gesund, zu Experimenten mit einer solchen Haftungserweiterung bestehe also kein Anlaß. Bisherige Versuche seien im übrigen nicht ermutigend. Zudem führe diese Haftung zu einer Erhöhung der Provision, was nicht nur lästig, sondern für den überseeischen Bereich auch wettbewerbsverzerrend sei. Damit bleibt es bei der strengen Verschuldenshaftung.

Sehr umstritten war allerdings die Frage der Beweislast (224). Da der Versender regelmäßig nicht in der Lage sei, dem Spediteur ein Verschulden nachzuweisen, sich andererseits aber die Beweislast des Spediteurs nicht schon aus allgemeinen Bestimmungen ergebe (225), wurde schließlich dem Spediteur die Beweislast auferlegt.

Damit bleibt mit Ausnahme der Beweislastumkehr die Haftung des Spediteurs im traditionellen Haftungsrahmen.

- f) Beim Reeder ist man sich hingegen über seine Haftung - vertraglich wie deliktisch - einig (226). Die Haftung hat allerdings die Besonderheit, daß der Reeder nicht persönlich, sondern nur mit Fracht und Schiff haftet (227).

222) Art. 300 Entwurf, Art. 324 1. Lesung, Art. 357 2. Lesung, Art. 380 ADHGB

223) zum folgenden, Protokolle aaO S. 755 f.

224) Protokolle S. 759

225) Diese zunächst angezweifelte Auffassung wurde durch Angabe einiger Urteile unterstrichen

226) Protokolle S. 1582

227) Art. 424

g) Die Entwicklung der Gesetzgebungsarbeiten zum ADHGB zeigt also, daß sich die vor allem den Bedürfnissen der Praxis gewidmeten Vorschläge des preußischen Entwurfs gegenüber der mehr der Pandektenwissenschaft nahestehenden Kommission kaum durchzusetzen vermochten. Die Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung war als solche schon genug, als daß man auch noch wesentliche Fortschritte bei einzelnen Fragen in der Gehilfenhaftung hätte erwarten können. Man wird eine gewisse Skepsis gegen das französische Recht nicht los, obwohl es im Rheinland und in Baden bereits Eingang gefunden hat.

Immerhin wird aus der Begründung insbesondere zur Haftung für den Faktor und andere Hilfspersonen klar, daß man die Verkehrsnotwendigkeit einer verschuldens-unabhängigen Einstandspflicht erkennt, sich aber dogmatischen Bedenken, wie sie sich aus der Einheit von allgemeinem Zivilrecht und Handelsrecht ergeben, nicht glaubt verschließen zu können.

3. Abschnitt

Die Juristentage 1884 und 1886

- I. Vorbemerkung: Insbesondere der wirtschaftliche und politische Umschwung führte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer erneuten weit intensiveren wissenschaftlichen Beschäftigung mit Haftungsfragen.

Man wurde sich der latent schon lange verspürten "Industriellen Revolution" (1) nunmehr allseits bewußt. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts hatte sich ein ungeahnter technischer Fortschritt abgezeichnet. Der vermehrte Einsatz von Kapital und neuartige Formen der Kreditschöpfung hatten diese Entwicklung unterstützt. Nicht mehr Handwerksbetriebe, sondern Maschinen und Fabriken

-
- 1) Dieser Begriff wurde für die großen wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen im 19. Jahrhundert schon 1880 durch den älteren Toynbee geprägt und von Wissenschaft und Politik übernommen und beibehalten, obwohl der von Toynbee als Revolution verstandene Vorgang keine eigentliche Revolution ist, d.h. keine plötzliche und in relativ kurzer Zeit abgeschlossene Umwälzung. Zwar ist der Beginn einigermaßen bestimmbar, das Ende und Ergebnis dieser steten Evolution ist jedoch noch nicht absehbar.

bestimmten das gewerbliche Leben (2) .
Fortschreitende Arbeitsteilung einerseits
und Massenproduktion andererseits waren
bezeichnend in der wirtschaftlichen Ent-
wicklung. Die "totale Mobilisierung der
Produktion, des Kapitals und des Bodens"
hatte eingesetzt (3,4) . Der Arbeiter
ist zwar, anders als der Sklave des Altertums
oder der Hörige des Mittelalters, persönlich
völlig frei. Er ist jedoch in einen Produktions-
prozeß von bisher nicht gekanntem Ausmaß ein-

2) Diese Feststellung gilt, obwohl Deutsch-
land ein Land mit überwiegend ländlicher
Bevölkerung und überwiegender Landwirt-
schaft war. Immerhin war es gegen Ende des
19. Jahrhunderts dem Umfang seines Außen-
handels nach bereits die zweite Wirtschafts-
macht hinter England, vor allem wegen seines
Handels mit industriellen Gütern. (Vgl. die
Nachweise bei K.E. Born, Der soziale und
wirtschaftliche Strukturwandel Deutschlands
am Ende des 19. Jahrhunderts, in Viertel-
jahresschrift für Sozial- und Wirtschafts-
geschichte, 50. Bd. 1963, S. 361 ff.)

3) Welche Bedeutung man allgemein dem wirt-
schaftlichen Aufschwung in den ersten
Jahren nach der Reichsgründung 1871 bei-
maß, zeigt u.a. die Schaffung eines
"preußischen Volkswirtschaftsrats" im
Jahre 1881, der als Gegenstück zum Par-
lament (Repräsentation des Volkes - Reprä-
sentation der Wirtschaft) ein Instrument
der Wirtschaftslenkung sein sollte, Forst-
hoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der
Neuzeit, 3. Aufl. 1967, S. 162.

4) Wieacker, Juristen-Jahrbuch 9, S. 2.

gegliedert ⁽⁵⁾ . Damit ist er zugleich Teil in der Kette gesteigerter und vermehrter Verantwortung, die immer schwerer überschaubar und beherrschbar wird. Die Diskrepanz zwischen Ursache und Wirkung fehlerhaften Verhaltens wird immer größer. Daraus ergeben sich nicht nur soziale, sozialpolitische und arbeitsrechtliche ⁽⁶⁾ Konsequenzen. Wie sich seit der Jahrhundertwende immer mehr gezeigt hatte, erschien es der Wissenschaft geradezu zwingend, auch haftungsrechtliche Fragen unter diesen veränderten Verhältnissen neu zu überdenken.

Förderte die wirtschaftliche Entwicklung das Unbehagen der Zivilrechtswissenschaft am bestehenden Privatrecht allmählich, so brachten die ernsthaften und erfolgversprechenden politischen Einigungsbestrebungen eine unmittelbar alle Rechtskreise ergreifende impulsive Bewegung zur Schaffung eines nationalen Rechts. Diese Welle nationalen Denkens und Schaffens erfaßte

-
- 5) Die Entwicklung zum Großbetrieb setzt Mitte des 19. Jahrhunderts ein und führt in den folgenden Jahrzehnten zur Schaffung vertikal gegliederter Konzerne, in denen die verschiedenen Produktionsstufen von der Urproduktion bis zum Endprodukt in einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßt werden.
- 6) vgl. Biedenkopf, Die Entwicklung des Unternehmens in arbeitsrechtlicher Sicht, in Deutsche Landesreferate VII. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin-Tübingen 1967, S. 353 ff., der den Wuchs des modernen Arbeitsrechts auf die industrielle Revolution und die "durch die moderne Technik zur höchsten Verfeinerung entwickelte Arbeitsteilung" zurückführt.

auch die Rechtswissenschaft. Man machte sich an die Kodifizierung eines eigenständigen Zivilrechtes, das die wirtschaftliche und soziale Entwicklung zu berücksichtigen hatte. Dabei nimmt die Frage nach dem Umfang der Gehilfenhaftung deshalb einen besonderen Platz ein, weil sie von den Vätern des BGB als eine der meist bestrittenen angesehen wurde (7). Mit darin ist wohl auch der Grund zu sehen, weshalb die Organisatoren des 17. DJT noch vor Veröffentlichung des Entwurfs zum BGB und der diesen erläuternden Motive schon 1884 im Rahmen von sieben zu erörternden Themen die Frage: "Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften" als besonders aktuell zum Verhandlungsgegenstand machten.

II. Themenstellung und Bedeutung der geschichtlichen Situation

1. Man beschränkte den Fragenkomplex auf den Bereich Arbeitgeber - Arbeiter. Dabei ist dieses Begriffspaar nicht im sozialpolitischen Sinne der damaligen Zeit zu sehen; man verstand die Begriffe eher im Sinne der heutigen arbeitsrechtlichen Lehre (8).

7) Motive, amtliche Ausgabe S. 29 (=Mugdan, Motive S. 16) unter Hinweis auf Goldschmidt und Windscheid in Fußn. 2; ebenso Jaques 17. DJT II, S. 80.

8) vgl. einerseits die Begriffseingrenzung bei Dreyer, 17. DJT I. S. 47-51 und andererseits Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts 5. Aufl. Berlin 1970 § 7, Söllner Arbeitsrecht 2. Aufl. 1971, § 3; vgl. zur rechtlichen Stellung des Arbeiters im 19. Jahrhundert, Krause, JuS 1970, S. 314 f.

Man wollte dabei jedoch nicht etwa ein arbeitsrechtliches Problem ansprechen; dieser Gedanke wurde auch bei den Verhandlungen nie geäußert. Wie die Gutachten, Referate und Diskussionen zeigen, maß man der Begrenzung der Gehilfenhaftung auf die Haftung des Arbeitgebers für Arbeiter auch nur insofern Bedeutung bei, als man sich verstärkt mit der modernen betrieblichen Entwicklung beschäftigen wollte ⁽⁹⁾. Dabei wurde ausdrücklich und wohl auch bewußt die allgemeine Gehilfenhaftung nicht etwa als anders zu regelnde Materie behandelt.

Enneccerus meinte zwar ^(9a), es mache materiell keinen Unterschied, ob man von Arbeitgeber und Arbeiter oder von Schuldner und Gehilfen spreche. Die Bezeichnung Schuldner und Gehilfe sei aber deshalb vorzuziehen, weil sie das Rechtsverhältnis kennzeichnen, in dem die Beteiligten stünden und diese Bezeichnungen daher präziser

9) Jaques, DJT II. S. 80: "Bei dieser Frage reichen sich Volkswirtschaft und Jurisprudenz einander die Hand".

9a) 17. DJT II. S. 105.

seien ⁽¹⁰⁾.

Es scheint vielmehr die Bemühung fortschrittlicher Kräfte in der Themenstellung Ausdruck gefunden zu haben. Eine Überlegung, die auch dadurch nahegelegt wird, daß in der Überschrift der Gutachten von Otto Mayer und Rudolf Leonhard ^(10a) Bezug genommen wird auf Artikel 1384 CC ^(10b). Offensichtlich wollte man die durch die verschiedenartige Regelung der Gehilfenhaftung in den einzelnen Reichsteilen

-
- 10) Da die Unterscheidung in den Verhandlungen ohne Bedeutung blieb, kann im folgenden auf eine genaue begriffliche Trennung verzichtet werden. Auch in der späteren wissenschaftlichen Diskussion, in der es regelmäßig um die Frage der allgemeinen Gehilfenhaftung ging, wird ohne Einschränkung auf die Gedanken und Argumente des 17. und 18. DJT zurückgegriffen. Selbst Dreyer löst zuweilen diese thematische Begrenzung zur Frage nach der allgemeinen Gehilfenhaftung hin auf (z.B. 17. DJT I S.104). Den entsprechend gestellten Antrag gab Enneccerus jedoch aus Kompromißgründen (17. DJT II S. 135) wieder auf, um nach Jaques "im Rahmen" zu bleiben.
- 10a) 17. DJT S. 133 und 337
- 10b) Es ist unwahrscheinlich, daß - wie Mayer glaubte (17. DJT II S. 113) - die Bestimmung des Artikel 1384 CC nur deshalb in Klammern dem Thema beigelegt wurde, um die deliktische Gehilfenhaftung als Zentralproblem herauszustellen. Dazu fehlt in den Verhandlungen und in der Diskussion jeder Hinweis.

- nicht nur für den Rechtswissenschaftler, sondern auch für den Gesetzgeber⁽¹¹⁾ - vorhandene Konfrontation in die Diskussion her-eintragen. Auch mußten sich bei dieser Thematik die gewiß einflußreichen Wirtschaftskreise weit mehr angesprochen fühlen.

2. Wenn hier, wo es um die Darstellung zivilrechtlicher Haftung geht, auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten hingewiesen wird, dann allein deshalb, um nicht der Gefahr isolierter Betrachtung zu erliegen. Zwangsläufige Folge wäre nämlich, eine "Verabsolutierung der Rechtsbegriffe und -probleme"⁽¹²⁾. Nur jeweils die tatsächliche Entwicklung einer Einzelfrage aufzuzeigen und nach dogmatischen Veränderungsprozessen zu forschen, die zu ihrer Umgestaltung geführt haben, ist einseitig und muß eine fragmentarische Erklärung bleiben. Ein Bereich, der wie die Rechtsentwicklung Schnittpunkt vielfältiger Interessen, Anschauungen, ja Ideologien ist, kann nicht wirklich durchsichtig werden, ohne diese zu berücksichtigen.

Wenn für die allgemeine Rechtsentwicklung regelmäßig der kulturelle und politische Hintergrund der Rechtsgemeinschaft bedeutsam ist, so kommt für das Schuldrecht als Spannungsfeld wirtschaftlicher Betätigung der soziale und wirtschaftliche Hintergrund als weitere Komponente

11) Die Legislative lag nach der Verfassung von 1871 praktisch beim Bundesrat (vgl. insbesondere Artikel 5 und 7 Ziff. 1), womit sich das Problem des Einflusses landesrechtlicher Besonderheiten auf die Reichsgesetzgebung in weit größerem Maß als in der Gegenwart stellte.

12) Schlosser, JuS 1965 S. 438.

hinzu. So ist es vor allem die oben angedeutete technisch wirtschaftliche Entwicklung, die über die allgemein politisch kulturellen Tendenzen des 19. Jahrhunderts hinaus die Haftung für Dritte beeinflusste und bei aller juristisch-theoretischen Analyse praktischen Bezug schafft.

Sicherlich ist es also falsch, Rechtsentwicklungen isoliert zu betrachten. Das sollte andererseits aber auch nicht dazu verleiten, den Stellenwert des sozialen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Status einer Epoche in seiner Auswirkung überzubewerten.

Wenn darum immer wieder der Einfluß der industriellen Revolution und des Sozialmodells des 19. Jahrhunderts ⁽¹³⁾ auf die Entwicklung des BGB und speziell auf den Bereich der Gehilfenhaftung betont wird, dann gilt das mit der dieser Frage angemessenen und notwendigen Einschränkung.

Ähnlich verhält es sich mit der Frage nach dem persönlichen Einfluß der Väter des BGB auf seine Gestaltung ⁽¹⁴⁾ oder der personellen Gewichtigkeiten innerhalb der Kommissionen ⁽¹⁵⁾. Man muß bei allen politischen Entscheidungen, also auch bei rechtspolitischen, derartige Faktoren sicherlich berücksichtigen. Es hat aber auch hier in dem Bewußtsein zu geschehen, daß einseitige Feststellungen vielfach Ursache vorschneller Hypothesen sind und zu nicht gerechtfertigten Spekulationen verleiten. Das gilt besonders dann, wenn - wie hier - eine Einzelfrage

13) vgl. Wieacker, Das Sozialmodell der großen Gesetzbücher, S. 8 ff.

14) vgl. hierzu die Nachweise bei Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 472, Fußn. 10 - 12.

15) vgl. Wieacker aaO S. 473 Fußn. 13.

zu untersuchen ist, die nur ein winziger Ausschnitt aus einem riesigen Gesetzeswerk wie dem BGB ist (16).

III. Die Arbeit des Juristentages

1. Eines der Hauptziele des 1860 gegründeten Deutschen Juristentages war es, insbesondere in den Anfangsjahren, die Rechtseinheit im Bereich des bürgerlichen Rechts zu fördern (17,18). Man fühlte sich als legislatorischer Ratgeber, der die Gesetzgebungsorgane mit Anregungen und Empfehlungen unterstützte (19). Obwohl nach der dem 17. Deutschen Juristentag vorliegenden Themenstellung eine Untersuchung allein der Arbeitgeberhaftung nach geltendem Recht nahe lag, verstand keiner der damit Befassten (20) das Thema so - wörtlich - eng (21). In einer Empfehlung

16) Die von den übrigen Büchern des BGB gesonderte Entwicklung des 2. Buches zwingt bei der Beurteilung des persönlichen Einflusses ohnehin zu besonderer Vorsicht, vgl. dazu i.e. unten.

17) § 1 der Satzung des Juristentages

18) Die Bemühung um eine Vereinheitlichung des Zivilrechts war nicht nur Satzungsgebot. Bis zum verfassungsändernden Gesetz vom 20.12.1873, das dem Bund die Kodifikationsgewalt im gesamten Bereich des Zivilrechts übertrug und damit den Weg für den Beschluß eröffnete, ein einheitliches Zivilrecht zu schaffen, wurde auf jedem DJT ein gemeinsames deutsches Gesetzbuch für das gesamte Privatrecht oder zumindest für das Obligationenrecht gefordert.

19) Conrad, Festschrift 100 Jahre DJT, S.7.

20) Das gilt wohl auch für Jaques, obwohl er zunächst dem Thema die Aufgabe für die sofortige Lösung und nicht erst für das künftige BGB entnahm, 17. DJT II S. 80.

21) Die Gutachter verstanden sich als Gesetzgebungsgutachter, vgl. etwa Leonhard, 17. DJT I S.352,375.

an den Gesetzgeber, die das Verhandlungsergebnis zusammenfaßte, gab der Deutsche Juristentag diesem Themenverständnis auch entsprechend Ausdruck.

2. Man hatte bei der Themenwahl desgleichen auf eine Unterscheidung in kontraktliche und außerkontraktliche Haftung des Arbeitgebers verzichtet. Die Gutachter und Referenten legten ihren Ausführungen jedoch ausnahmslos ⁽²²⁾ diese - wie die weitere Rechtsentwicklung zeigt - bedeutsame Zweiteilung zugrunde.

Dem entspricht auch das Ergebnis, in dem man sich zunächst über die Haftung in obligatorischen Verhältnissen verständigte ⁽²³⁾. Die erste Abteilung des Juristentages nahm in ihrer zweiten Sitzung ⁽²⁴⁾ die Anträge der Referenten Jaques und Enneccerus, die mit den gutachtlichen Äußerungen von Dreyer, Mayer und Leonhard übereinstimmten, einstimmig an. Der Beschluß lautete:

22) Das wird lediglich bei Mayer wegen seiner starken Anlehnung an Art. 1384 CC verwischt. Wie sich aus seinem Antrag zur Geschäftsordnung (17. DJT II S. 113) ergibt, war diese Unterscheidung für sein Gutachten aber auch gewollt.

23) Die Klärung der Frage, inwieweit der ArbG für Verschulden seiner Arbeiter außerhalb obligatorischer Verhältnisse zu haften hat, wurde auf den 18. DJT verschoben, vgl. i.e. unten.

24) 17. DJT II S. 137.

" In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden."

Damit hatte man eine auch für das gegenwärtige Recht (25) akzeptable Lösung gefunden und verschiedene bis dahin heftig umstrittene Punkte geklärt: Der Geschäftsherr sollte für jede Art von Verschulden haften, soweit nur die schuldhafte Handlung in Ausführung der Verrichtung erfolgt war, und es stand ihm auch keine Entlastungsmöglichkeit mehr offen.

Dieses Ergebnis war im Hinblick auf die bisherige wechselvolle Entwicklung sicherlich überraschend (26). Insbesondere hatte man sich zu fragen, ob damit die Pandektisten, die unter den Mitgliedern des Juristentages ebenso vertreten waren (27), das Schuldprinzip hatten fallen lassen wollen?

25) in § 278 BGB.

26) Seiler JZ 1967, S. 527.

27) Insbesondere der Gutachter Leonhard und der Referent Enneccerus zählen hierzu. Der DJT hatte im Jahre 1884 ca. 1380 Mitglieder (vgl. Mitgliederverzeichnis zu den Verhandlungen des 17. DJT, Bd. 2). Die Zahlenangabe von "annähernd 1500 "bei Conrad" Der Deutsche JT 1860-1960 JT-Festschrift S.8 ist damit ungenau. Die Mitglieder verteilen sich auf folgende Berufe:

Verwaltungsjuristen:	ca.	240
Richter	: knapp	450
Rechtslehrer	: ca.	50

Der Rest verteilt sich auf die nach § 3 des Statuts zugelassenen sonstigen Mitglieder. Die Praxis hatte also - naturgemäß - ein gewaltiges zahlenmäßiges Übergewicht.

IV. Der 17. Deutsche Juristentag (1884)

A. Die Gutachten und Referate zur vertraglichen Gehilfenhaftung

a) Dreyer ^(28a) versucht in seinem Gutachten, nachdem er allgemein die Begriffe geklärt und den Rechtszustand in den verschiedenen Landesteilen und vergleichend in Frankreich, England und den USA dargelegt hat, die Behauptung zu begründen, daß sich der Schuldner bei nicht gehöriger oder nicht rechtzeitiger Erfüllung durch Berufung auf das Verschulden seines Gehilfen nicht entlasten könne. Einer solchen Entlastung stünden nach Dreyers Meinung entgegen ⁽²⁹⁾:

1. Die Anschauungen und das Bedürfnis des heutigen Verkehrs.
2. Die moderne Rechtsentwicklung und
3. Die richtige Konstruktion des zivilrechtlichen Verhältnisses.

zu 1. Kein Gläubiger frage danach, ob der Mangel der vertraglichen Leistung auf ein Verschulden des Geschäftsherrn oder dessen Gehilfen zurückzuführen sei, zumal die Feststellung einer solchen Unterscheidung ihm regelmäßig ohnehin unmöglich sei. Bei der heutigen Fabrikationsweise rechne man nicht mehr damit, daß eine Arbeit durch den Geschäftsherrn selbst ausgeführt werde. Es genüge, daß er geschickte und zuverlässige Leute dafür habe, die zu finden und anzustellen ihm obliege. Diese Forderung gelte ohne Einschränkung für alle obligatorischen Verhältnisse, also nicht nur für vertragliche Sonderbindungen.

28a) Zur Bedeutung Dreyers vgl. unten S. 92 Fußn. 36.

29) 17. DJT I S. 87; vgl. zum folgenden auch Fritsch, aaO, S. 128 ff.

Der Beweis einer "culpa in eligendo vel in custodiendo" sei für den, den Verhältnissen des Schuldners fernstehenden Gläubiger unzumutbar. Zudem könne an die Beaufsichtigung kein strenger Maßstab angelegt werden, da das patriarchalische Verhältnis zwischen Meister und Geselle, Herrschaft und Gesinde immer mehr schwinde. Man dürfe durch eine Verschärfung der Aufsichtspflicht die Anstellung von Gehilfen nicht unmöglich machen.

- zu 2. Die Rechtsentwicklung sowohl der neueren Gesetze als auch der Rechtsprechung und Lehre würden desgleichen dahin tendieren, dem Geschäftsherrn eine Einstandspflicht für seine Gehilfen aufzuerlegen. Selbst dem Römischen Recht sei die Haftung für fremdes Verschulden nicht fremd gewesen, wenngleich den Verhältnissen des römischen Verkehrs Rechnung tragend auf eine allgemeine Haftungsregel verzichtet worden sei.
- zu 3. Was Dreyer unter der "richtigen Konstruktion des zivilrechtlichen Verhältnisses" versteht, ist unklar. Er behilft sich mit einigen Beispielfällen (30), um daraus zu folgern, daß der Gehilfe bei der Erfüllung der Schuld als Vertreter des Geschäftsherrn mit dessen Wissen und Willen handelt. Wenn auch dem Verhältnis Geschäftsherr - Gehilfe kein Auftrag zugrunde liege, so habe der Gehilfe für die Vornahme

30) 17. DJT I S. 92 f.

der Verrichtung Vollmacht und ersetze damit das Handeln des Geschäftsherrn als habe dieser selbst gehandelt.

Im übrigen sei anerkannt, daß bei der Anbahnung von Vertragsverhältnissen "derjenige sich das Resultat eines bestimmten Mittels ... (zurechnen lassen müsse, wenn er sich für) ... seine Erklärung dieses Mittel wählt" (31). Dieser für die "culpa in contrahendo" entwickelte Gedanke möge für die Vertragsanbahnung bedenklich sein (32). Hier, wo es um die Folgen bei der Erfüllung eines bestehenden Vertrages gehe, könne an einer parallelen Wertung nicht gezweifelt werden. Dabei dürfen nicht übersehen werden, daß man, ohne "in culpa" zu sein, dennoch den Anlaß, den Anstoß zu einem schädigenden Ereignis gegeben habe (33). Man müsse unterscheiden zwischen dem "Verschulden" und dem "Schuld an etwas sein". Dabei sieht Dreyer in letzterem nichts anderes als Veranlassung und läßt das als Haftungsgrund genügen. Man übernehme die Gefahr, die darin liege, daß man die Leistung nicht persönlich, sondern durch einen Dritten erfüllt; nicht weil man sie verschuldet, sondern weil man sie im eigenen Interesse veranlaßt habe (34). Auch dieser Gedanke sei schon im

31) Windscheid II, § 309 Fußn. 6.

32) Mommsen, Erörterungen S. 5 ff., 125 ff.

33) 17. DJT I S. 97.

34) aaO S. 98.

Römisches Recht zu finden (35), wonach die Folgen eines schädigenden Ereignisses den treffen, der die tatsächlichen Voraussetzungen, die Ursache hierzu gesetzt habe und nicht denjenigen, der dem Ereignis fremd gegenüberstehe.

Diese Prinzipien aus Vertretung und Schuld würden jedenfalls dazu führen, daß der Schuldner für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen hafte.

- b) Dreyer argumentiert vom Verkehrsbedürfnis her (36) und bemüht sich, das ihm als selbstver-

35) z.B. D 44,7,5,6; D 19,2,25,4; D 9,2,8,1; D 9,2,11,4.

36) Diese Zuwendung zur Praxis ist für den Reichsgerichtsrat und Praktiker verständlich; ein Vergleich mit der Rspr. dieser Zeit zeigt eine Reihe paralleler Gedanken; daß Dreyer vorwiegend mit Fällen aus der Praxis seine Darstellungen unterstreicht und daraus seine Ergebnisse ableitet, scheint aber auch eine Folge seiner engen Berührung mit dem französischen Recht zu sein. Nach dem Tod von Zachariä von Lingenthal (1769 - 1842) hatte Dreyer zusammen mit Anschütz und Puchelt die Bearbeitung dessen Handbuchs des französischen Zivilrechts übernommen, eines Rechts, das unter Vernachlässigung der Rechtstheorie in der Falllösung erstarrte, (vgl. Neumayer, in Festschrift für Rheinstein, 1969 Bd. I S. 169). Für den französischen Rechtsgelehrten dieser Zeit bildeten neben dem code civil der code de commerce, code pénal, code de procédure civile und der code de procédure pénale die gesamte Rechtswissenschaft.

ständig und zwingend vorschwebende Ergebnis in Einklang zu bringen mit den zwar rechtsgeschichtlichen, aber dennoch das Rechtsverständnis seiner Zeit tragenden Prinzipien des Römischen Rechts. Ihm fehlt als Praktiker das dogmatische Rüstzeug, um den Sprung vom gemeinen Recht und dem Schuldprinzip zum schon von Binding vertretenen ⁽³⁷⁾ Veranlassungsprinzip ohne Bruch zu schaffen. Er verwischt die Grenzen zwischen Kausalität und Verschulden und schafft sich Rechtfertigung dadurch, daß er in der Veranlassung ein Verschulden eigener Art sieht. Damit will er offensichtlich den Pandektisten die Möglichkeit eröffnen, ohne das Schuldprinzip offen aufgeben zu müssen, auf die "moderne Linie" einschwenken zu können.

Wenn Dreyer bei seinen Beispielfällen so sehr die Veranlassung durch den Schuldner hervorhebt, so liegt darin versteckt zumeist ein Schuldvorwurf, der wenigstens vom Ergebnis her die Haftung durch Veranlassung als recht und billig erscheinen läßt. Dreyer versucht mit seiner Veranlassungstheorie die Jheringschen Gedanken weiterzuführen ⁽³⁹⁾ und weist hierfür auch einige weitere Quellen nach. Die von ihm angeführte "Vertretungstheorie" ⁽⁴⁰⁾ leidet darunter, daß er sich eines festen Begriffes bedient, ihm

37) Normen, S. 471 f.; vgl. oben S.

38) Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in Vermischte Schriften Juristischen Inhalts, S. 207 und Jahrbücher für Dogmatik IV, S.84, 85; siehe oben S.

39) Zunächst unklar, später aber (17. DJT II, S. 116) deutlicher.

40) So in dem Referat von Enneccerus bezeichnet.

aber andere Bedeutung beilegt. Er versteht darunter nichts anderes, als daß der Vertreter Werkzeug ist.

Das Gutachten Dreyers ist dennoch in mehrererlei Hinsicht wertvoll. Es bringt mit der Darstellung des geltenden Rechts und einiger Beispiele aus den Digesten die wesentliche Grundlage für die folgende Diskussion. Dreyer erweitert auch den Problembereich der Gehilfenhaftung und bestimmt die weiterhin geltende Abgrenzung, indem er die Unterscheidung von vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung zugunsten der Einstandspflicht "innerhalb bestehender Obligationen und außerhalb bestehender Obligationen" aufgibt. Die Feststellung in den Motiven ⁽⁴¹⁾, daß die vertragliche Gehilfenhaftung und die Haftung für Gehilfen bei der Erfüllung von Legalobligationen eine einheitlich zu regelnde Materie wären, beruht nicht zuletzt auf dieser Klarstellung Dreyers.

Auch wenn seine konstruktiven Gedanken im Ergebnis weitgehend unberücksichtigt bleiben ⁽⁴²⁾, wird dennoch vielfach seine Grundlagenarbeit in der weiteren Diskussion und in späteren Abhandlungen ⁽⁴³⁾ verwertet.

41) amtliche Ausgabe S. 29 (= Mugdan S. 16).

42) Anklänge an Dreyers "Schuldtheorie" etwa bei Enneccerus 17. DJT II S. 102 ff. und 18. DJT II S. 90.

43) z.B. Seiler JZ 1967, S. 527; Referentenentwurf S. 84.

2. Mayer

Im zweiten dem Juristentag vorgelegten Gutachten versucht Otto Mayer ⁽⁴⁴⁾ die Lösung der Ausgangsfrage in analoger Anwendung des Art. 1384 CC zu finden.

Dazu erörtert er zunächst das Recht der unerlaubten Handlungen (Art. 1382 - 1386 CC) in Frankreich allgemein. Wegen der Divergenz in Auslegung und Anwendung, die sich bei diesen Bestimmungen einerseits in Frankreich und andererseits in den deutschen linksrheinischen Gebieten gezeigt hat, schränkt er aber sofort wieder ein, sei es nicht ratsam, das französische Deliktssystem in complexu zu übernehmen ⁽⁴⁵⁾. Es empfehle sich vielmehr, beim herkömmlichen Schuldprinzip zu bleiben.

Dennoch solle man für "wichtigere Fälle" eine strengere "objektive Haftung" einführen. Das hieße für die Gehilfenhaftung - die Franzosen sehen darin einen solchen wichtigeren Fall - die unbedingte Einstandspflicht des Geschäftsherrn.

44) Bekannt geworden durch seine grundlegenden Arbeiten zum Verwaltungsrecht hat Otto Mayer allgemein durch seine rechtsvergleichenden mehr pragmatischen Bemühungen zu einer Erweiterung rechtswissenschaftlicher Überlegungen und Untersuchungen beigetragen.

45) 17. DJT I S. 133.

Dabei passe der Vertretungsgedanke - wie ihn Dreyer aufgezeigt habe - auf diese Fälle schon deshalb nicht, weil die Art und Weise der Ausführung in das Belieben des Vertreters falle, er also selbständig in seinen Handlungen sei. Hingegen behalte der Geschäftsherr jede einzelne Ausführungshandlung kraft des Abhängigkeitsverhältnisses unter seinem Einfluß, er bediene sich des Gehilfen gewissermaßen als Werkzeug.

Versuche man allerdings diese Vorstellung juristisch zu gestalten, widerstrebe es dem deutschen Rechtsgefühl, sich mit dem französischen System der formellen Präsumptionen und Fiktionen als Argument zu begnügen. Die feinen Unterscheidungen dessen, was man unter eigener Schuld, Haftung für andere und Haftung für Sachen verstehe, beeinträchtigen das Verständnis nur.

Man werde sich an der formalen Klarheit des ReichshaftpflG vom 7. Juni 1871 orientieren müssen. Dabei gelte es freilich zu berücksichtigen, daß der Geschäftsherr in seinen Gehilfen zwar Werkzeuge habe, die aber eigene Handlungen ausführen, eigene Rechtssubjekte seien und einen freien Willen hätten. Daraus folge, daß der Gehilfe jederzeit aufhören könne, Werkzeug zu sein. Ein solches Abspringen vom Auftrag müsse außerhalb der Haftpflicht des Geschäftsherrn liegen (46).

Diese Einschränkung habe ihren verständlichen Grund darin, daß man sich gegen den dolus seiner Gehilfen am wenigstens vorsehen könne. Die französische Praxis, wonach auch für den "à l'occasion de l'exercice des fonctions" eintretenden Schaden zu haften sei,

46) aaO S. 135.

sei hier nicht durchführbar. Der Arbeitgeber müsse für seine Leute haften, wenn sie in Ausführung seiner Aufträge rechtswidrigen Schaden zufügen.

Dabei ist sich Mayer wohl bewußt, daß er noch nicht geklärt hat, was "rechtswidriger Schaden" ist. Das sei jedoch im einzelnen verschieden. Je nach der Art der Tätigkeit, meint Mayer, müsse die Haftung des Arbeitgebers eine strengere oder weniger strenge sein. Für diese Fälle müsse daher eine Lösung in Sondergesetzen gefunden werden. Das Deutsche Recht sehe sich hier einer anderen Aufgabe gegenüber als das Römische mit seinen einfacheren Lebensverhältnissen, einer anderen aber auch als das Französische, das die Ausgestaltung allgemeiner Haftungsnormen der selbständigen schöpferischen Tätigkeit seiner Jurisprudenz überlassen könne, eine Rolle, die unsere Gerichte nie erfüllen würden.

Mayer verzichtet damit, daß er sich gedanklich an das Französische Recht anlehnt, auf die Unterscheidung der Haftung innerhalb und außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. Dabei übersieht er die bei den deutschen Juristen ganz herrschende Tendenz ⁽⁴⁷⁾, zumindest unter vertraglicher und außervertraglicher Haftung zu unterscheiden. Seine Überzeugungskraft muß zwangsläufig unter dieser Ungenauigkeit leiden ⁽⁴⁸⁾.

47) Sämtliche Gutachten, Referate und Diskussionsbeiträge hielten sich an diese Unterscheidung.

48) Da ohnehin in den Verhandlungen sehr bald die Absicht spürbar wurde, die Frage der inner- und außerkontraktlichen Haftung getrennt zu behandeln und möglicherweise gar verschieden zu lösen, war es danach auch nicht mehr ohne weiteres möglich, die verschiedenen Argumente eindeutig dem einen oder anderen Bereich zuzuordnen.

Es ist ihm klar, daß der Verschuldensgrundsatz, an dem die französische Doktrin durch den formalen Trick der "praesumptio iuris et de iure" festhält, in Wahrheit ein an objektive Tatbestandsmerkmale anknüpfender Zurechnungsbegriff ist. Dennoch hält er im Ergebnis an der französischen Lösung fest und korrigiert nur da, wo er die französische Rechtsprechung mißbilligt. Sein Bemühen um Aufrechterhaltung des Verschuldensprinzips ist daher mehr als allgemeine Maxime denn als Maßstab für die angeschnittene Frage der Gehilfenhaftung zu verstehen.

Mayers Vorschlag, den Gesetzgeber zur Schaffung neuer Rechtspflichten anzuregen und die wichtigsten Fälle einer notwendig verschärften Haftung durch Sondergesetze zu regeln, wird in der Diskussion mehrfach aufgegriffen ⁽⁴⁹⁾ und meist gegen die Vertreter einer allgemeinen verschärften Haftung vorgebracht. Mayer sieht in der strengen Haftung der Eisenbahnen nur den Anfang einer Regelung für weitere gleichermaßen gefährdende Betriebe.

Die Tatsache, daß allein ein Gutachten sich mit der Frage der Übernahme französischer Haftungsbestimmungen in das Deutsche Recht befaßt, macht deutlich, wie stark das Französische Recht durch seine Geltung links des Rheins und in nahezu unveränderter Form in Baden die deutsche Rechtswirklichkeit dieser Tage bestimmte. Die außergewöhnliche Rolle, die Art. 1384 CC in der damaligen Diskussion spielte, ist auch die Ursache, daß diese Bestimmung bis hin zum Referentenentwurf 1967 ⁽⁵⁰⁾ immer wieder

49) vor allem bei der deliktischen Gehilfenhaftung, vgl. unten.

50) Referentenentwurf, Begründung S. 84, 89.

Ansatzpunkt haftungsrechtlicher Überlegungen war.

3. Leonhard

- a) Leonhard sucht die Lösung der Haftung für Erfüllungsgehilfen allein im Vertragsrecht (51). Klar seien die Fälle, in denen der Schuldner ausdrücklich für seine Gehilfen haften wolle. Aber auch eine recht verstandene Vertragsauslegung müsse zu dem Ergebnis führen, daß stillschweigend grundsätzlich eine Haftung des Schuldners für die unter seiner Aufsicht arbeitenden Gehilfen vereinbart sei. Der Schuldner verpflichte sich nämlich, daß das Werk hergestellt werde und nicht, daß er das Werk herstelle (52). Es werde also ein Erfolg garantiert. Werde nun infolge einer culpa des Arbeiters dieser Erfolg nicht herbeigeführt, so hafte der Arbeitgeber, weil er das Versprechen nicht ins Werk gesetzt, den Erfolg nicht herbeigeführt habe.

51) 17. DJT I S. 337 ff.; Leonhard, Professor in Marburg und Halle ist - in gewissem Gegensatz zu den anderen praxisorientierten Gutachtern - Repräsentant der Rechtslehre.

52) die Römer hätten deshalb auch bewußt bei der Abfassung ihrer Verträge die Passiv- oder Gerundivform verwendet: nicht "spondesne insulam fabricare", auch nicht "spondesne idoneis hominibus imperare, ut insulam fabricent" sondern "spondesne insulam fabricari", Leonhard, aaO, S. 339.

Die herrschende Lehre, der Arbeitgeber hafte nur für eigene Schuld, sei "legislatorisch minderwertig" (53), da so die Großbetriebe, in denen der Geschäftsherr die Arbeit nicht verrichte, bevorzugt würden.

Auch die weiter verlangte besondere Pflicht zur Auswahl und Beaufsichtigung könne nur die Begünstigung mittlerer Betriebe verhindern, da bei Großbetrieben die Auswahl und Beaufsichtigung der Arbeiter in der Hand der Inspektoren liege. Soweit diese ordentlich ausgewählt wären, könne den Geschäftsherrn keine Haftung mehr treffen. Die Einschränkung, der Geschäftsherr hafte nur für das Verschulden der Inspektoren, sei rein willkürlich. Auch der Inspektor sei nur ein abhängiger Arbeiter des Geschäftsherrn. Bejahe man dessen Haftung, müsse er auch für die wiederum untergeordneten Organe eintreten (54).

53) 17. DJT I S. 349; daß Leonhard, obwohl selbst Vertreter der romanistischen Doktrin, solch scharfe Töne gegen das Verschuldensprinzip innerhalb bestehender Schuldverhältnisse anschlägt, liegt wohl an seinem taktischen Konzept und entspringt weniger der tatsächlichen Überzeugung. Ihm war offensichtlich klar, daß er mit einem Festhalten an diesem Prinzip nicht würde durchdringen können. Deshalb machte er hier scheinbar Konzessionen, um für die deliktische Gehilfenhaftung ohne Vorbelastung für das Verschuldensprinzip plädieren zu können.

54) 17. DJT I. S. 350.

Auch werde fälschlicherweise der Substitutengedanke häufig von der Lehre herangezogen. Diese Bezeichnung sei schon rein begrifflich nur da angebracht, wo jemand die Handlungen des Herrn ersetze. Bei der arbeitsteiligen Wirtschaft erwarte man aber in vielen Fällen gar nicht, daß die geschuldete Handlung vom Herrn selbst vorgenommen werde, häufig sei das ja auch unmöglich. Um falsche Folgerungen auszuschließen, sei daher genau zwischen Substitut und Gehilfe zu unterscheiden.

Im übrigen sei doch wohl sehr zweifelhaft, daß sich die herrschende Lehre auf römisch-rechtliche Quellen stützen könne. Eine genaue Betrachtung zeige, daß die Haftung jeweils davon abhängig gemacht würde, ob die Leute entsprechend der vertraglichen Abrede unter der Aufsicht des Geschäftsherrn oder unbeaufsichtigt hatten arbeiten sollen ⁽⁵⁵⁾. Die regelmäßig angestellte Frage, ob überhaupt zu haften sei oder nicht, könne somit nicht in dieser Alternativität beantwortet werden. Die Lösung sei durch das Römische Recht in einem Mittelweg zu finden.

Wenn der Vielfalt der angeschnittenen Fragen in den Quellen ein nur bescheidener Umfang jüngerer Rechtsprechung zu dieser Frage gegenüberstehe, so liege das in der schon zur allgemeinen Rechtsüberzeugung verstärkten Auffassung der Geschäftsherren, ohne weiteres den Schaden ersetzen zu müssen.

55) aaO S. 352.

Die herrschende Lehre könne sich demgegenüber nicht damit rechtfertigen, das Schuldprinzip sei das Axiom ⁽⁵⁶⁾ der Haftung. Das ergebe sich weder aus den Quellen, noch sei es legislatorisch begründbar.

Leonhard weist im zweiten Abschnitt seines Gutachtens darauf hin, daß es verschiedene gesetzliche Fälle gäbe, nach denen unbedingt gehaftet werde ⁽⁵⁷⁾. Insoweit hafte zweifellos der Geschäftsherr auch für Schädigung seiner Gehilfen. Daneben gebe es in der Rezeptenhaftung, bei Art. 395 HGB und im § 1 Reichs-HaftpflG eine Zufallshaftung für alle Schäden mit Ausnahme der vis maior.

56) so zuletzt Brodmann in Iher JB 58, 215, allerdings ohne hierfür eine überzeugende Begründung zu finden. Demgegenüber weist Planck (AcP 75, S. 390) zur Begründung auf Gerechtigkeit und Billigkeit hin.

M. Rümelin, S.5 sieht die Haftung des schuldhaft Handelnden darin, "daß er sich nicht beschweren könne, wenn ihm nachteilige Folgen seines Handelns auferlegt würden" und legt somit dem Verschulden ein Verwirkungsmoment zugrunde (ähnlich Deutsch, in Festschrift für Honig S. 37). Zuletzt Mertens und Reeb, Jus 72, S. 35.

57) bei entsprechenden Versicherungsverträgen; beim Verzug des unredlichen Besitzers.

Nur ausnahmsweise könne sich jedoch der Geschäftsherr in diesen Fällen für die schädigenden Handlungen seiner Gehilfen entschuldigen. Wann solche Ausnahmen zu machen seien, müsse jedoch der Auslegung des Einzelfalls überlassen bleiben; eine gesetzliche Regelung sei unnötig.

Auch die römisch-rechtliche custodia-Haftung lasse den Geschäftsherrn für den Gehilfen eintreten. Zwar gebe es ein entsprechendes Institut im gemeinen Recht nicht. Verspreche aber der Schuldner entsprechende Bewachung oder Aufsicht (= custodia), so könne nicht anders entschieden werden, als sonst bei der vertraglichen Gehilfenhaftung. Eine gesetzliche Regelung sei somit gleichermaßen überflüssig.

- b) Leonhard läßt schon vom Aufbau her keinen Zweifel daran, daß er Pandektist ist, indem er -fiktiv- die Ausgangsfrage als geltendes Recht unterstellt und erörtert, ob die daraus resultierende Haftung im Pandektensystem folgerichtig dem gewachsenen System einfügbar sei. Es kommt ihm also darauf an, ob sich die ursprünglich fremde Norm dem gewachsenen System einordnen läßt. Für die Gehilfenhaftung innerhalb eines bestehenden Vertrages würden schon die Quellen eine Haftpflicht des Geschäftsherrn für das zu beaufsichtigende Arbeiterpersonal rechtfertigen. Ohne damit gegen das romanistische Prinzip zu verstoßen, findet Leonhard mit der Erfolgstheorie einen Ausgleich zwischen der pandektistischen Lehre und der gewandelten Praxis. Dabei bestätigt er das vom Reichsgericht gefundene Ergebnis durch seine Feststellungen zur römischen Vertragspraxis. Den Schwierigkeiten, denen sich Leonhard für die Haftung innerhalb obligatorischer Verhältnisse nicht kontrakt-

licher Art gegenübersteht, entgeht er, indem er eine "allgemeine Zustandshaftung" schlechthin ablehnt. Damit bleibt er allerdings für einen wichtigen Teilbereich, den man soeben erst mühsam systematisch eingeordnet hat, eine Antwort schuldig. Anders als die Gutachter vorher, beschränkt Leonhard die Haftung nicht auf die Schädigungen des Arbeiters in Ausführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs. Das dürfte daran liegen, daß Leonhard nur Schädigungen berücksichtigt, die mit dem vertraglich geschuldeten Erfolg zusammenhängen.

4. Jaques

- a) Jaques, Hof- und Gerichtsadvokat aus Wien, eröffnet mit seinem Referat ⁽⁵⁸⁾ die Verhandlungen. Nachdem er die Standpunkte und Anträge Dreyers, Mayers und Leonhards kurz skizziert und die Rechtssituation in Deutschland, sowie in den sonstigen wichtigen Rechtsgebieten aufgezeigt hat, schlägt er vor, sich an das römische Schuldprinzip und nicht an das französische oder angelsächsische System zu halten. Angesichts der *praesumptio iuris et de iure* käme es in diesen Rechten allein darauf an, zu entscheiden, was noch zur Ausführung der Funktion gehöre und was nicht, ("dans les fonctions", "within the course of employment"). Das führe zu einer "mechanischen" Kasuistik. Wie die französische Rechtsprechung zeige, sei hier eine rechtliche, grundsätzliche und taugliche Unterscheidung nicht möglich. Klare Abgrenzungskriterien, die eine präzise Feststellung zuließen, was "dans les fonctions" sei und was nicht, habe man nicht. Der in dieser Kasuistik liegenden Willkürlich-
-
- 58) 17. DJT II S. 80 - 95.

keit seien sich schließlich auch die französischen Rechtsgelehrten bewußt.

Deshalb müsse Ausgangspunkt haftungsrechtlicher Überlegungen das Römische Recht bleiben. Dabei gelte das culpa-Prinzip allerdings nicht mehr in der ursprünglichen Begrenzung. Die Römer hätten fallweise Ausnahmen gemacht, soweit für sie eine Notwendigkeit vorlag. Wegen der "actio noxalis" habe es aber einer allgemeinen Haftungsbestimmung nicht bedurft. Man müsse sich, wie das schon die Römer getan hätten, den gegenwärtigen Verhältnissen anpassen. Die verschiedenen Versuche, etwa durch besondere Vertragsauslegung, die Konstruktion eines Auftrags oder durch eine Vertretung eine Lösung zu finden, seien falsch oder gekünstelt. Haftungsgrund sei allein, daß der Arbeitgeber für das, was er versprochen habe, nämlich den Erfolg, die Vertragserfüllung einzustehen habe, daß er auf seine Gefahr die Hilfspersonen aufnehme, deren Arbeit er sich auch zunutze mache.

- b) Obwohl sich Jaques aufbaumäßig an Dreyers Gutachten anschließt und auch dessen Ergebnis zustimmt, begründet er seinen Standpunkt anders. Für ihn sind Praktikabilitäts-Gesichtspunkte ausschlaggebend, wobei er einer Klärung der prinzipiellen Fragen aus dem Wege geht. Er lehnt das neue Zurechnungsprinzip vom Grundsatz her ab, verläßt aber dort das von ihm eingeschlagene Schuldprinzip, wo die Rechtsprechung eine unbeschränkte Gehilfenhaftung schon praktiziert, beim Werkvertrag. Das erreicht er, indem er nachweist, daß das Römische Recht nur deshalb an der Verschuldenshaftung festhielt, weil es den damaligen Bedürfnissen entsprach. Es sei deshalb kein schlechthin unumstößliches Prinzip und könne dort, wo es die Umstände nötig machten, aufgegeben werden. Hatten die in einzelnen Digesten vorhandenen Ausnahmen bisher

entweder als Argument für die eine oder als bedeutende Ausnahme für die andere Auffassung herhalten müssen, so versucht Jaques nun die prinzipielle Bedeutung der einzelnen Digesten herunterzuspielen. Seine Darstellung leidet freilich darunter, daß er nur vom Werkvertrag ausgeht und sich in Argumentation und im Ergebnis offensichtlich an den Resultaten der Rechtsprechung orientiert. Die im Grundsätzlichen geführte Diskussion läuft dadurch Gefahr, sich allein an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu orientieren.

Bemerkenswert ist zudem, daß Jaques die Beschränkung der Arbeitgeberhaftung auf nur in Ausführung seiner Aufträge erfolgte Handlungen nicht befürwortet. Er hält eine Unterscheidung in diesem Punkt für sehr schwer und befürchtet eine "mechanische Feststellung" und "willkürliches Ermessen". Wegen dieser, wie er meint, praktischen Schwierigkeiten, sei auf diesen Zusatz zu verzichten.

5. Enneccerus

- a) Enneccerus^(58a) grenzt zunächst wieder das Problem ein und scheidet die Fälle aus, in denen dem Arbeitgeber ein irgendwie gearteter Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann oder wo er ausdrücklich die Haftung für das Verschulden seiner Arbeiter übernommen hat. Auch wendet er sich gegen das Vorgehen des Referenten Jaques, aus den singulären Bestimmungen, in denen das Römische Recht über die Haftung für culpa hinaus eine Haftung für casus bestimme, Schlüsse für das "ius commune" zu ziehen. Genauso wenig könne man auch aus den Fällen besonders gefährlicher Unternehmen, für die eine Spezialregelung schon bestünde oder wünschenswert sei, Allgemeines entnehmen.

58a) Enneccerus ist zu den späten Romanisten zu zählen. Seine Bedeutung liegt im wesentlichen in seinen Arbeiten für ein einheitliches deutsches BGB.

Enneccerus zählt dann die Rechtskreise auf, in denen strenge Verschuldenshaftung gilt, in denen die Haftung des Arbeitgebers für Verschulden seiner Leute innerhalb bestehender Schuldverhältnisse bejaht wird und in denen auch außerhalb bestehender Schuldverhältnisse für Gehilfenverschulden gehaftet wird.

Für die Haftung in obligatorischen Verhältnissen gebe es dabei 3 Begründungen.

aa) Assekuranztheorie (59)

Die von Ubbelohde begründete (60) Assekuranztheorie entspreche nicht der Billigkeit. Denn der Ausgangspunkt, der Arbeitgeber, könne sich ohne weiteres gegen alle eventuellen Schäden versichern, werde in der Praxis häufig nicht zutreffen. Man denke nur an die Haftung des Kleinunternehmers für seine Gesellen. Auch hier könnten hohe Schäden auftreten, die keinesfalls gedeckt wären durch die Versicherungsleistung.

Diese Theorie sei aber auch unbillig, weil man den Preis nicht immer entsprechend kalkulieren, also die Prämien mit einbeziehen könne. Nachfrage und Angebot würden den Wert der Arbeit bestimmen, der Gedanke der Assekuranz sei dabei nebensächlich.

59) Zur Kritik schon Leonhard, 17. DJT I S. 365 f.

60) Siehe oben S. 22 ff. im Abschn. Wissenschaft und Rspr. im 19. Jhdt.

Erkenne man die Assekuranztheorie an, sei aber auch die Unterscheidung einer Haftung des Arbeitgebers für culpa oder casus seines Arbeiters nicht mehr aufrechtzuerhalten, weil jener bei der Preisbestimmung beide Fälle berücksichtigen könne. Der Schuldner müsse dann in jenen Fällen auch für casus haften.

bb) Erfolgstheorie

Näher komme der Problemlösung schon die Erfolgstheorie ⁽⁶¹⁾. In ihrer vom Reichsgericht begründeten und von Leonhard weitergeführten Form sei sie allerdings auch nicht befriedigend, worauf schon Goldschmidt hingewiesen habe.

Haftete nämlich der Arbeitgeber für den Erfolg, so müsse er nicht nur für culpa des Gehilfen eintreten, sondern auch für casus. Denn auch wenn ein casus den Erfolg vereitele, habe der Unternehmer nicht das erfüllt, was er versprochen habe. Behaupte man jedoch, er stehe nicht für casus ein, dann könne er auch nicht für die culpa der Gehilfen eintreten. Denn die culpa seiner Gehilfen sei für den Herrn casus. Eine Unterscheidung zwischen culpa der Gehilfen und casus sei, wenn man der Erfolgstheorie folge, eine "petitio principii".

61) vgl. oben S. 47 ff. im 1. Abschnitt sowie Fußn. 52a.

Zudem sei die Begrenzung der Haftung des Geschäftsherrn auf die "locatio conductio operis" ungerechtfertigt, da es praktisch oftmals keinen Unterschied mache, ob sich jemand für "opus" oder "operae" verpflichtet habe. Weil aber die Erfolgs-
theorie von ihrer Grundlage her nicht auf letzteren Fall ausdehnbar wäre, könne das Schlagwort vom Erfolg, wodurch die Haftung auf opus begrenzt werde, nicht richtig sein.

cc) Abwandlung von Enneccerus

Es sei vielmehr vom Begriff der Obligation auszugehen (61a). Verstehe man diesen als "Haftung für eine Handlung" so liege der Trugschluß nahe: Die Haftung aus Obligation ist Haftung für eine Handlung, also Haftung für eigene Handlung; wer für eigene Handlung haftet, haftet auch für eigene Diligenz.

Wenn er Gehilfen zuziehe, so bestehe seine Diligenz in der sorgfältigen Auswahl und Beaufsichtigung (so im gemeinen Recht die Haftung für culpa in eligendo vel in custodiendo).

Verstehe man unter Obligation aber richtigerweise "das Einstehen für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers", so werde klar, daß der Schuldner nicht nur für eigene Handlung zu haften habe.

61a) Damit bedient sich Enneccerus der Methode Burchardi's, der allerdings jedes einzelne obligatorische Verhältnis im Hinblick auf die Gehilfenhaftung untersucht hatte (vgl. oben S. 26 ff. 1. Abschnitt).

Diese Unterscheidung von der Definition her ist freilich ziemlich willkürlich. Das gilt insbesondere für die Folgerungen, die Enneccerus in dem Unterschied sieht. Denn es war wohl kaum begriffliche Unklarheit, die deshalb eine Haftung auf die eigene Handlung beschränkte, weil man eine Handlung schuldete. So richtig der Hinweis ist, daß man nur, wenn es ausdrücklich vereinbart ist, eigene Handlung schuldet, so wenig hilft er weiter. Denn dadurch, daß man eine geschuldete Handlung zulässigerweise von einem Dritten ausführen läßt, ergibt sich noch nicht, daß man auch für dessen Verschulden haftet. Man könne - so Enneccerus - je nachdem, wie das spezielle Interesse des Gläubigers sei, haften für eigene Handlung, für die Handlung eines bestimmten oder eines erst auszusuchenden Dritten. Das gelte nicht nur - wie Leonhard nachgewiesen habe - für die "locatio conductio operis", sondern es werde allgemein so gehaftet.

Schulde ich aber eigene Handlung, so schulde ich zweifellos meine Diligenz. Schulde ich die Leistung eines bestimmten Dritten, so hafte ich für seine Diligenz. Betrachte man nämlich die Haftung des Bürgen für die culpa des Hauptschuldners oder die Haftung des Geschäftsherrn für die Verträge des Institors, so könne man die Haftung des Schuldners für die versprochene ordnungsgemäße Leistung des Dritten, die dieser selbst nicht schulde, wohl kaum verneinen. Habe man aber eine Leistung ohne irgendwelche Bestimmung versprochen, dann hafte man eben für die culpa dessen, den man zulässigerweise zur Leistung verwendet

habe.

Damit kommt Enneccerus zu der Formel:
"Wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene Diligenz, wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde Diligenz; wer eine Leistung, die durch eine noch nicht bestimmte, von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet, der haftet für die Diligenz dessen, den er auswählt". Diese Theorie ergebe sich schon aus den Quellen des Römischen Rechts. Aus ihr sei zu entnehmen, daß sich die Haftung des Arbeitgebers auf obligatorische Verhältnisse beschränke, daß aber auch nur für culpa bei Erfüllung der Verpflichtung auf seiten des Arbeiters gehaftet werde, die in dieser Erfüllung vorfalle.

Entsprechend formulierte Enneccerus seinen Antrag: "Der Schuldner haftet dem Gläubiger für jede Vernachlässigung der Sorgfalt, welcher sich seine Gehilfen in der Erfüllung der übernommenen Verpflichtung schuldig machen".

- b) Enneccerus versucht wie schon Leonhard, auf dogmatisch-konstruktivem Weg die unbedingte Einstandspflicht des Geschäftsherrn, ausgehend vom Boden des gemeinen Rechts, zu erarbeiten. Zunächst setzt er sich mit den hauptsächlich vorgetragenen Argumenten auseinander. Dabei zeigt er auf, daß die Assekuranztheorie ihren Rechtsgrund allein in wirtschaftlichen Überlegungen finde.

Nicht nur diese wirtschaftlichen Gründe seien fraglich. Dogmatisch folgerichtig gehandhabt sei vor allem die Begrenzung auf das Verschulden des Arbeiters nicht zu rechtfertigen. Denn versichern könne man sich auch für unverschuldete Schädigungen seines Gehilfen. Ähnliche Einwände hat Enneccerus auch gegenüber der Erfolgstheorie. Eine Unterscheidung, ob man nur für das Verschulden der Arbeiter hafte oder überhaupt für jeden casus, sei nicht möglich, wenn man die Haftung nur vom Erfolg her begründe.

Deshalb leitet Enneccerus die Gehilfenhaftung aus dem Obligationenbegriff ab. Wer fremde Arbeit verspricht, verspricht sorgfältige Arbeit und haftet dafür. Mit diesem eigentümlich begriffsjuristischen, (62) keineswegs logisch zwingenden Schluß kommt er zu dem Ergebnis, der Schuldner hafte für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen.

Vor allem muß sich Enneccerus nunmehr selbst den Einwand vorhalten lassen, seine Interpretation führe zu einer allgemeinen Erfolgshaftung, also zu einer Haftung für jeden casus (63).

62) Seiler JZ 67, S. 527.

63) so später Heck § 27 Ziff. 2; Leonhard I § 228; Enneccerus-Lehmann § 44 I 1. Denn wie immer man das Versprechen des Schuldners, die Leistung ordentlich zu bewirken, einstuft: Aus ihm einerseits das Entstehenwollen für fremde Schuld entnehmen zu wollen, aber nicht auch sonstige für ihn kasuelle Ereignisse mit-einzubeziehen, ist ebenso willkürlich, wie die Haftung bei der Erfolgstheorie.

Der einzige Vorteil scheint darin zu liegen, daß Enneccerus von der Obligation her argumentiert und damit alle Fälle eines Schuldverhältnisses einbezieht. Das ist freilich ein Trugschluß. Enneccerus versteht unter Obligation nur den Vertrag. Den Begriff der Obligation gewinnt er aus dem Vertragsinhalt. Die Haftung wird an das "Versprechen" angeknüpft. Aus dem Versprechen entnimmt er das Einstehenwollen.

Damit ist gegenüber der Erfolgstheorie praktisch nichts gewonnen. Denn wenn man unter dem geschuldeten Erfolg richtigerweise nicht nur das Werk im Sinne der Werkvertrags, sondern die versprochene Leistung schlechthin versteht, entsprechen sich beide Theorien (64). Enneccerus umgeht also mit seinem Haftungsgrund des Einstehenmüssens für das Privatinteresse des Gläubigers lediglich den Begriff des Einstehenmüssens für den Erfolg, da man unter Erfolg eben begrifflich zu sehr auf die locatio conductio operis festgelegt war.

64) In dieser Weise korrigiert und erweitert Leonhard (17. DJT II S. 112) auch die Erfolgstheorie später; ebenso hat Enneccerus wohl bemerkt, daß er sich wesentlich von der Erfolgstheorie nicht entfernt. Denn bei allen Einwänden betont er mehrfach, daß die Erfolgstheorie vom richtigen Grundgedanken ausgehe (aaO S. 100 f.).

6. Zusammenfassung

Die sich an die Referate anschließende Diskussion zeigt, daß man bei der vertraglichen Gehilfenhaftung vom Ergebnis her übereinstimmt. Lediglich auf die praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten von Handlungen in Ausführung und bei Gelegenheit der Vertragserfüllung wird nochmals hingewiesen ⁽⁶⁵⁾.

Die Begründungen bleiben unterschiedlich je nach der wissenschaftlichen Grundhaltung des einzelnen Referenten. Ein Näherrücken der Standpunkte wird jedoch nicht versucht.

Nach wie vor stehen sich Romanisten und eine Gruppe mit zu differenzierender Provenienz gegenüber. Das gleichlautende Ergebnis ändert daran nichts. Wenn also der Antrag einstimmig angenommen wurde, so soll das nicht heißen, daß die Vertreter einer der verschiedenen Meinungen sich durchsetzen konnten. Man hielt es offensichtlich nicht für nötig, sich in der Begründung zu einigen, nachdem das Ergebnis klar war.

Die Konstruktion von Enneccerus verschaffte den Pandektisten jedoch die Möglichkeit, das Ergebnis zu bejahen, ohne damit ihre Grundhaltung insgesamt aufzugeben.

Daher tritt die eigentliche Kluft zwischen den Anhängern der verschiedenen Begründungen bei der Erörterung über die deliktische Gehilfenhaftung wieder in alter Schärfe zutage.

65) 17. DJT II, Dreyer S. 114, Leonhard S. 113.

B. Gutachten und Referate zur deliktischen Gehilfenhaftung

1. Dreyer

a) Dreyer grenzt zunächst den Bereich ein, in dem die schädigenden Handlungen erfolgen müßten, um eine Haftung bejahen zu können. Müßten einerseits die Fälle ausscheiden, in denen der Arbeiter ganz außerhalb des Dienstes gehandelt hat, ergebe sich andererseits die Begrenzung durch die schuldhaftige Nichterfüllung einer dem Arbeitgeber obliegenden Verbindlichkeit durch den Arbeiter, für deren Regelung schon gesorgt sei. Es handle sich dabei um die Handlungen "dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; nel esercizio delle incombanze alle quali hanno destinati; course, scope, range of employment"; in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen (Schweiz); bei Ausführung des Geschäftes, auf welches ihr Auftrag sich erstreckte (preußischer Entwurf zum HGB); in Ausführung des aufgetragenen Geschäftes oder Dienstes (bayerischer Entwurf Art. 66); in Ausführung der Dienstverrichtungen (§ 2 des Reichs-HaftpflG).

Diese Haftungsnormen machten deutlich, daß der Herr für seine Gehilfen nur hafte, soweit er von diesen repräsentiert werde. Aus der Tatsache allein, daß der Arbeitgeber aus der Tätigkeit des Arbeiters Vorteil ziehe und dem Bedürfnis des Verkehrs, könne eine Haftung nicht begründet werden.

In der Anstellung und Verwendung finde sich die Erklärung, der Arbeiter könne Verrichtungen anstelle des Präponenten vornehmen.

Das sei für den außenstehenden Dritten daran zu erkennen, daß der Arbeiter eine dem Prinzipal zukommende Tätigkeit verrichte. Sicher habe der Arbeitgeber die schädigende schuldhaftige Handlung des Gehilfen nicht gewollt. Er hafte aber allein dafür, weil er ihm in diesem Bereich die Macht und Möglichkeit dazu gegeben hat. Er hat den Schaden veranlaßt. Es wäre unbillig, "wenn derjenige, welcher seine wirtschaftliche Existenz mit auf die Benutzung fremder Arbeitskraft gegründet hat, nicht auch die hieraus ergebenden Folgen, sozusagen die wirtschaftliche Kausalität auf sich nehme".

Es käme also darauf an, daß die Verrichtung, bei der die Beschädigung verursacht wurde, dem Arbeiter überhaupt übertragen war und daß sein Verschulden in Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts verübt wurde.

Der Arbeitgeber könne dafür nicht den Gegenbeweis antreten. Das wäre denkbar, wenn die Haftung auf eine präsumierte culpa in eligendo vel custodiendo gestützt würde. Begründe die Praeposition die Haftung, sei er logisch ausgeschlossen.

Deshalb stellte Dreyer folgenden Antrag: "Außerhalb eines obligatorischen Verhältnisses oder abgesehen von demselben hat der Arbeitgeber für das Verschulden seines Arbeiters insoweit zu haften, als das Verschulden in Ausführung der dem Arbeiter übertragenen Verrichtungen begangen worden ist" (66).

b) Den zunächst für die vertragliche Haftung nur beiläufig und zur Bestärkung geäußerten Vertretungsgedanken verwendet Dreyer bei der deliktischen Gehilfenhaftung als tragendes Argument. Er glaubt, sich auch hierbei auf Römisches Recht stützen zu können, indem er den Vertretungsgedanken in den adjektivischen Klagen nachweist. Er sieht im Geschäftsherrn nichts anderes als den "dominus negotii" der alten gemeinrechtlichen Doktrin und im Gehilfen den "institor". So ergibt sich auch die Beschränkung der Haftung auf schuldhaftes, Schädigungen im Rahmen der den Gehilfen übertragenen Verrichtungen.

Dennoch argumentiert Dreyer auch hier mit dem Veranlassungsprinzip. Ebenso klingt das Utilitaritäts-Argument an, wenn er von "wirtschaftlicher Kausalität" spricht.

Wieso Dreyer innerhalb obligatorischer Verhältnisse den Schwerpunkt auf das Veranlassungsprinzip legt, außerhalb derselben jedoch besonders das Repräsentationsprinzip hervorhebt, ist schwer verständlich, denn beide Prinzipien orientieren sich nicht an den Unterschieden dieser Bereiche, die allein sachlogischer Ausgangspunkt für eine verschiedene Begründung hätten sein können.

2. Leonhard (67)

Leonhard geht, wie schon bei der vertraglichen Gehilfenhaftung, vom Römischen Recht aus. Er meint, in der neueren

67) Für das Gutachten Mayer gilt im Wesentlichen das schon oben S. 95 - 99 Gesagte.

gerichtlichen Praxis werde in der Frage der deliktischen Gehilfenhaftung vielfach über das Römische Recht hinausgegangen. Wenn der Herr für alles, was die Arbeiter im Geschäftsbetrieb verschulden, hafte ⁽⁶⁸⁾, so sei das nur eine Parallele zu neueren Kodifikationen, insbesondere Art.1384 CC. Diese Bestimmung bringe irrtümlich eine Verallgemeinerung einzelner Fälle, in denen das Römische Recht schon eine aquilische Haftung bejaht habe.

Betrachte man die Sonderbestimmungen im einzelnen ⁽⁶⁹⁾, so müsse man eine analoge Anwendung auf andere Arbeitgeber ausschließen.

Auch die Haftung des Römers für seine Sklaven könne nicht herangezogen werden . Es sei falsch zu meinen, daß anstelle der durch die gesellschaftliche Entwicklung weggefallenen Noxal-Haftung eine andere Haftpflicht getreten sei. Die Idee der Verantwortlichkeit sei bei der Noxalklage eine gänzlich andere als bei der Gehilfenhaftung ⁽⁷⁰⁾ und hänge mit Verhältnissen zusammen, die mit den Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitern nichts gemein hätten.

68) Die dabei von Leonhard zitierten Entscheidungen betreffen ausschließlich die Haftung des Transportunternehmers für Gehilfen, die Funkenflugfälle der Reichsbahn, sowie die Amtshaftung.

69) Leonhard führt hierfür die Haftung der nautae, caupones und stabularii, sowie die des Zollpächters an.

70) vgl. dazu schon oben S. 39, Fußn. 88.

Die über das Römische Recht hinaus angeführte juristische Begründung, die Arbeiter seien "Werkzeuge" des Herrn und man hafte für seine Werkzeuge, sei nichts als "bilderreiche Poesie". Weder könne man den Arbeiter mit einem Stück Holz gleichsetzen, noch hafte der Eigentümer von Werkzeugen, wenn diese widerrechtlich von einem Dritten bedient würden.

Aber auch die allgemeine legislatorische Begründung, die Haftpflicht des Arbeitgebers für Betriebsschäden sei Äquivalent für Betriebsvorteile, stimme nicht. Der Arbeiter bereichert nicht nur den Betrieb, sondern auch sich selbst, indem er vom "Gewinn" seinen Lohnanteil erhält. Der Vorteil fließt dem Arbeitgeber also nur teilweise zu. Es wäre ungerecht, ihn bei Insolvenz des Arbeiters für die Nachteile voll haften zu lassen. Zudem würden die auftragswidrigen Delikte keineswegs dem Vorteil des Herrn dienen. Vor allem aber sei zu befürchten, daß durch diese Belastung die Gewerbeunternehmer schwer geschädigt würden und damit auch das nationale Vermögen (70a).

Der einzige Vorteil würde darin liegen, daß der Geschäftsherr aus Furcht vor Haftung bei Auswahl, Information und Beaufsichtigung der Arbeiter besondere Sorgfalt verwenden würde. Dieses Ergebnis könne man aber auch durch eine entsprechende Beweislastverteilung erreichen.

Leonhard wendet sich sodann gegen Art. 1384 CC. Ein Urteil über die tatsächlichen Auswirkungen sei schwer, weil man hierzu die betroffenen Arbeitsherren und nicht die Juristen hören müßte. Auf jeden Fall halte er die Haftung der juristischen Personen für verwerflich, weil man dadurch zum Beispiel bei der Aktiengesellschaft den sicherlich unschuldigen Aktionär treffe. Das widerspreche jedoch dem Motiv von der Schuld-Praesumption.

70a) Die langdauernde Depression, die auf die Wirtschaftskrise der 70er Jahre folgte, war auf dem DJT augenscheinlicher Anlaß zu Äußerungen dieser Art.

Fraglich wäre, wie die Haftung bei "gemeingefährlichen Unternehmungen" zu regeln sei. Ihre Zulassung sei gewissermaßen eine Enteignung, für die der Staat aufzukommen habe. Da dieser aber im Interesse des Steuerzahlers eine solche Belastung nicht übernehmen könne, müsse der Arbeitgeber haften. Vom Grundsatz, alle Schäden zu ersetzen, die der Betrieb gefährlicher Gewerbe nach sich ziehe, müsse man abrücken, falls er wirtschaftlich untragbar sei.

Da eine sachgerechte Beschränkung nicht auffindbar war, habe man bei §§ 1 und 2 Reich-HaftpflG ziemlich willkürlich die Haftung eingeschränkt ⁽⁷¹⁾:

1. Nach der Art des Unternehmens
2. Nach der Art der Schadensursache (Höhere Gewalt und culpa concurrrens)
3. Nach der Art des Schadens (nur Körperschaden).

§§ 1 und 2 seien zwar bedenklich, eine Änderung sei jedoch kaum möglich.

Leonhard wendet sich entschieden gegen das Bemühen, aus den römisch-rechtlichen Quellen eine allgemeine Gehilfenhaftung zu konstruieren. Die Verallgemeinerung der in den Digesten zum Ausdruck kommenden Spezialfälle hält er für genauso unmöglich, wie eine Erweiterung durch Analogie.

Das Bild des Werkzeugs, das Dreyer zur Verdeutlichung seines Vertretungsgedankens verwendet, wird von Leonhard zum Anlaß genommen, die Willens- und Betätigungs-

71) die Haftpflicht wurde nur für präsumptiv solvente Unternehmen vorgesehen, also i.d.R. große Betriebe.

bereiche und damit auch den Bereich der deliktischen Betätigung von Geschäftsherr und Gehilfen scharf zu trennen.

Ebenso wenig erkennt Leonhard das alte Utilitaritätsargument an, indem er den Vorteil durch das Arbeitsverhältnis gleichermaßen auf Arbeitgeber und Arbeiter aufteilt und ebenso auch den Schaden den Arbeitgeber nur teilweise tragen lassen will.

Offensichtlich mißversteht aber Leonhard den aus den Digesten ⁽⁷²⁾ entnommenen Gedanken. Das zeigt vor allem seine Auffassung, die auftragswidrigen Delikte seien gerade kein Vorteil für den Herrn. Kann es doch nur der sonstige "normale" Arbeitserfolg sein, der die Haftung für einen "Ausrutscher" des Gehilfen rechtfertigt. Nicht zeigt die schädigende Handlung, daß der Herr aus der Arbeitskraft des Gehilfen keinen Nutzen hat.

Vor allem warnt Leonhard, wohl von der aufkeimenden kommunistischen Arbeiterbewegung erschreckt, vor einer Verharmlosung dieser Ideen, die ein Ausdruck von "Bosheit und Nachlässigkeit" und von Mißgunst gegenüber den reichen Herren sind.

Unter Rückgriff auf pandektistische Gedanken ⁽⁷³⁾ hält er eine Beweislastumkehr für ausreichend, um die notwendig strenge Auswahl und Überwachung von Gehilfen zu erreichen.

72) D 50, 17, 149.

73) siehe Hasse und Levin Goldschmidt, oben S. 8 und 37 ff.

Entgegen Mayer hält er eine Fassung der Probleme in Sonderbestimmungen für überflüssig und warnt auch vor einer Ausdehnung der §§ 1 und 2 ReichshaftplfG deren Bestehen er jedoch insgesamt akzeptiert.

3. Jaques und Enneccerus

- a) Jaques befürwortet eine außerkontraktliche Haftung im wesentlichen nach dem Vorbild des Schweizer Obligationenrechts.

Eine spezial-gesetzliche Regelung durch Ausdehnung des Begriffs des gefährlichen Betriebes hält er für praktisch undurchführbar. Eine Abgrenzung nach der Gefährlichkeit müsse schon zweifelhaft sein. Zudem könne auch der ungefährlichste Betrieb gefährlich werden. Da der Umfang der deliktischen Gehilfenhaftung aber sehr umstritten sei, stellt Jaques diese Frage zurück und beantragt, "unter Anerkennung der Notwendigkeit einer Erweiterung der bisher normierten Haftpflicht" sei auf dem nächsten Juristentag erneut zu verhandeln, wobei weitere Gutachten einzuholen seien.

- b) Enneccerus prüft die bisherigen Vorschläge und Begründungen zur Erweiterung der deliktischen Gehilfenhaftung:

aa) Art. 1384 CC

Diese Bestimmung beruhe nach Ansicht der französischen Jurisprudenz auf einer fingierten culpa in eligendo. Eine Praesumption könne aber keine Begründung für die Haftung sein, zumindest müsse der Gegenbeweis für die Schuldlosigkeit zugelassen werden.

bb) Veranlassungstheorie

Dreyers Veranlassungstheorie sehe den Haftgrund darin, daß die Schuld des Arbeiters durch den Herrn veranlasst wurde, dieser also haften müsse. Nach Dreyer würden schon die römischen Quellen diesen Schuldbegriff nahelegen, der mit Verschulden im engeren Sinne nichts zu tun habe.

Eine genaue Betrachtung der hierzu angeführten Beispiele zeige, daß aus ihnen dieser erweiterte Schuldbegriff keinesfalls zu ziehen sei. Zudem führe er zu unabsehbaren Folgen; wo sei die Grenze der Veranlassung?

cc) Vertretungstheorie

Diese Theorie lasse sich ebenso wenig aus den Quellen ableiten. Einmal passe der Gedanke des "institors" schon deshalb nicht, weil der Herr neben dem institor hafte. Ihm werde dessen Handeln also gerade nicht als eigenes zugerechnet. Auch gebe es eine Vollmacht nicht bei Delikten und Obligationsverletzungen, sondern nur bei Rechtsgeschäften. Zudem gehöre zur Stellvertretung, daß man im Namen des anderen handle. Beruhe aber die Haftung auf Vollmacht, so müsse eine Beschränkung möglich sein.

dd) Gehilfe als Werkzeug

Ähnlich falsch sei aber auch der Gedanke, der Herr hafte für das Verschulden des Arbeiters, weil dieser sein "Werkzeug" sei. Suche man ein Werkzeug mit aller Sorgfalt aus und verursache man damit dennoch einen Schaden, so hafte man nicht, weil man den Mangel nicht habe erkennen können, man also nicht schuldhaft gehandelt habe.

Enneccerus sieht offensichtlich keine Notwendigkeit, die deliktische Gehilfenhaftung einzuführen. Deshalb begnügt er sich damit, die bisher unternommenen Konstruktionsversuche zu widerlegen. Das führt gelegentlich zu eigenartigen Konsequenzen. So kommt es ihm etwa bei der Untersuchung des Art. 1384 CC nicht auf die Kritik am eigentlichen Rechtsgrund dieser Bestimmung an, sondern lediglich darauf, ob die Begründung, die die französische Doktrin hierfür gibt, überzeugt. Die weder aus dem Wortlaut noch aus den Motiven

dieser Bestimmung geschöpfte Praesumption (74), die ein - vorübergehender (74a) - krampfhafter Versuch zur Bewahrung des Schuldgedankens (75) durch die französischen Interpreten war, wird nunmehr von dem Pandektisten Enneccerus zum Anlaß genommen, die Bestimmung überhaupt anzuzweifeln.

Für den mit klar umgrenzten Begriffen arbeitenden Pandektisten waren die Versuche Dreyers, die Gehilfenhaftung mit Veranlassungs- oder Vertretungsgedanken zu begründen, unzumutbar. Während die Veranlassung als Rechtsgrund eine uferlose Haftung bringen mußte, war der Arbeiter eben auch kein Vertreter im eigentlichen Sinn. Mit solchen unklaren Umschreibungen, wie etwa auch mit dem Begriff Werkzeug, schaffe man eben nur vage Bilder, die zudem noch falsch seien.

Enneccerus faßt dann das Ergebnis dahingehend zusammen, daß er keinen Rechtsgrund finde, die außerobligatorische Haftpflicht zu erweitern, andererseits aber auch nichts dagegen habe, diese Frage nochmals vor dem Juristentag zu behandeln. Er halte es lediglich für verfehlt, für die weitere Diskussion allgemein schon eine Erweiterung der Haftpflicht zu empfehlen, wie dies Jaques vorgeschlagen habe.

74) vgl. oben S. 59f., 2. Abschnitt und Seiler aaO S. 527.

74a) siehe oben 2. Abschnitt, S. 59 ff.

75) gewissermaßen als Geste gegenüber den traditionellen Vertretern.

4. Zusammenfassung

Obwohl die beiden Referenten und zu Beginn der Diskussion Leonhard (76) eine Vertagung der Frage der deliktischen Gehilfhaftung beantragten, entbrennt die sich anschließende Diskussion im wesentlichen darüber. Insbesondere werden die einzelnen Argumente der romanistischen und der modernen Seite nochmals dargelegt, erläutert und begründet (77).

Einen aufschlußreichen Beitrag liefert Mayer (78): Ihm ist klar, daß sich die Pandektisten an der Argumentationsmethode, wie sie von den Befürwortern der Haftungserweiterung gehandhabt wird, stoßen. Die Begründungen greifen auf romanistisches Begriffsgut zurück, legen diesem aber einen veränderten Sinn bei. Man bestimmt die Haftung, ohne hierfür ein durchgängig dogmatisches Rezept zu haben. Die Gehilfenhaftung wird als Fragment aus dem vom culpa-Prinzip beherrschten Haftungsrecht herausgebrochen, ohne - wie man meint - zwingenden Grund. Das alles muß den Argumentationswert beeinträchtigen.

Unter diesem Eindruck macht sich Mayer zum Sprecher der Bewegung gegen die Pandekten-Wissenschaft und versucht, das Problem im Sinne des soeben erst durch Jhering (79) ausgeprägten juristischen Naturalismus (80) zu lösen.

76) Leonhard diskutiert diese Frage später dennoch ausführlich, nachdem allgemein nur noch über die deliktische Gehilfenhaftung verhandelt wurde.

77) Vor allem Dreyer verteidigt seine Begründung gegen die vorgebrachten Bedenken, 17. DJT II S. 114-119.

78) 17. DJT II S. 124-128.

79) siehe hierzu Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 450ff.

80) Larenz, Methodenlehre S. 44, spricht von "pragmatischer Jurisprudenz".

Dabei distanziert er sich in Abweichung von seinem Gutachten nunmehr ganz offen vom Schuldprinzip. Mayer weist auf die Strömung hin, die nach objektiven Maßstäben die Haftung bestimmen wolle und ihren unmittelbarsten Ausdruck im Französischen Recht gefunden habe. Es sei verkehrt, Haftungsrecht von einem "moralischen Verschulden" abhängig machen zu wollen. Man habe allein zu fragen, wer den Schaden tragen soll. Der, der ihn erlitten hat oder der, der ihn verursacht hat? Die ausgleichende Gerechtigkeit erfordere eine Haftung des letzteren.

Der Richter könne nicht die Moral des einzelnen prüfen. Nach dem allgemein bestehenden objektiven Maßstab könne der Streit sicherer geschlichtet und der Schaden besser ausgeglichen werden, der sich aus dem Leben ergebe.

In dieser Weise sei auch die Gehilfenhaftung zu verstehen. Man finde für die Ergebnisse der neueren Rechtsentwicklung keine rechtlich-konstruktive Grundlage. Suche man die Formulierung aus dem praktischen, dem Volk verständlichen Lebensbereich heraus zu gewinnen, sei es simpel, diese Versuche als Poesie abzutun. Die Rechtsentwicklung habe erkannt, daß der Gehilfe unfrei und unselbständig für den Herrn handelt, er Teil dessen wirtschaftlicher Tätigkeit sei. Was aus der Sphäre des Herrn nach außen dringe, sei von ihm angerichtet, das habe er zu vertreten. Habe man aber diesen objektiven Maßstab erfaßt, sei es Aufgabe der Juristen, Konstruktion und Begriffe dafür zu schaffen.

Die Angriffe gegen Art. 1384 CC richten sich gegen die Konstruktion. Die Widerlegung der Konstruktion ist einfach, nicht aber die der Sache. Ähnlich verhält es sich mit dem Bild des "Werkzeugs". Werkzeug sei kein juristischer Begriff, also wertlos. Vollmacht wäre einer, passe jedoch nicht.

Darauf komme es gar nicht an. Man müsse auf "die Stimme der Zeit" und auf "die Bewegungen, die aus dem Verkehrsleben herauskommen" warten^(80a). "Wenn die Sache da ist, findet sich die Formulierung und die Konstruktion immer". Die Haftpflicht der Eisenbahn und die Haftung der Arbeitgeber für den Aufseher nach § 2 HaftpflG sei evidenter Ausdruck dieser Entwicklung. Konstruktiv wäre hier, was Verkehr und Gerechtigkeitsgefühl gefordert und erreicht hätten, nicht begründbar.

Damit bekennt sich Mayer zu einer ideologischen Grundhaltung seiner Zeit, die sich vor allem dagegen wendet, daß die Rechtswissenschaft die Rechtsanwendung vom Leben isoliert⁽⁸¹⁾. Recht müsse eine "Funktion der Wirklichkeit" sein. Bei Mayer glaubt man Jherings Worten zu begegnen: "Das Leben ist nicht der Begriffe, sonder die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein"⁽⁸²⁾.

Trotz der ausführlichen Erörterungen beschloß man deshalb, die Frage der Haftung des Arbeitgebers für außerkontraktliches Verschulden seiner Arbeiter als Verhandlungsthema dem nächsten Juristentag vorzuschlagen. Das geschah weniger deshalb, weil man glaubte, dem Juristentag liege noch nicht genügend

80a) Diese Berücksichtigung von Rechtstatsachen und Verkehrsbedürfnissen rücken Mayers Standpunkt in die Nähe der später vielfach angegriffenen Freirechtsschule eines Ehrlich, Kantorowicz und Fuchs.

81) Wieacker aaO S. 449.

82) Jhering, Geist des Römischen Rechts, 4. Band, 1864, S. 315.

Material vor ⁽⁸³⁾, sondern weil man sich der Schwierigkeit der Frage bewußt war und den Mitgliedern wegen der Fülle der vorgetragenen Argumente und Gesichtspunkte eine nochmalige Durchsicht und Überprüfung der Frage ermöglichen wollte.

V. Der 18. Deutsche Juristentag (1886)

1. Gutachten Petersen

In seinem dem 18. Deutschen Juristentag vorgelegten Gutachten ⁽⁸⁴⁾ zeigt Reichsgerichtsrat Dr. Petersen zunächst nochmal die Rechtsentwicklung auf, beginnend beim Römischen Recht ⁽⁸⁵⁾. Wie schon in den Gutachten und Referaten des 17. Deutschen Juristentages muß sich damit auch Petersen der alten Streitfrage stellen, ob die im Römischen Recht aufgeführten Fälle, Ausnahmebestimmungen sind, die eine entsprechende Anwendung oder Ausdehnung auf die vorliegende Frage nicht zulassen oder ob daraus zu schließen ist, daß der Verschuldensgrundsatz, soweit ein entsprechendes Bedürfnis besteht, durchbrochen werden kann.

83) Ähnlich Petersen, 18. DJT I S. 276, der in seinem Gutachten deshalb eigentlich auf eine Darstellung des schon vorhandenen Materials verzichten wollte.

84) 18. DJT I S. 275-304.

85) Das bei nahezu allen Gutachten und Referaten sichtbare Bedürfnis mit den Verhältnissen im Römischen Recht zu beginnen, zeigt die starke Bindung der Jurisprudenz an Interpretations- und Argumentationsmethoden der klassischen gemeinrechtlichen Doktrin, selbst dann, wenn man im einzelnen nicht mehr geneigt war, materiell dem Römischen Recht ausschließliche Geltung beizumessen.

- a) Petersen will die Entscheidung davon abhängig machen, ob das Bedürfnis der Haftungserweiterung die wirtschaftlichen Bedenken überwiege. Weitere Frage könne dann erst sein, ob diesem Bedürfnis durch besondere Vorschriften oder durch eine allgemeine Haftungsbestimmung genügt werden könne. Getrennt hiervon sei die Begründung oder Konstruktion der Verpflichtung des Arbeitgebers zu klären.

Ein Vergleich der Rechtsentwicklung in anderen Ländern, aber auch in Landesteilen des Reiches mache ganz deutlich, daß die Bestimmungen des gemeinen Rechts und entsprechender Partikularrechte nicht ausreichen würden.

Die Tendenz zur Haftungserweiterung in der Rechtsprechung sei ebenso evident, selbst wenn man der Anschauung des Reichsoberhandelsgerichts nicht folge, es handele sich bei der deliktischen Gehilfenhaftung schon um Gewohnheitsrecht.

Auch das vielfach angeführte Argument, das Bedürfnis nach Haftungserweiterung könne, wie das HaftpflG bewaise, im Wege der Spezialgesetzgebung befriedigt werden, werde durch die Motive dieses Gesetzes infrage gestellt ⁽⁸⁶⁾. Das HaftpflG sei lediglich wegen der besonderen Dringlichkeit vorweg geschaffen, weil "eine generelle Reform der Grundsätze des Schadensrechts nur im Zusammenhang mit dem ganzen System des Obligationenrechts" erreichbar gewesen wäre.

§ 2 HaftpflG sei auch in anderer Hinsicht erwähnenswert. Sehr bald nach seinem Inkrafttreten habe sich gezeigt, daß die dort getroffene Auswahl besonders gefährlicher Betriebe nicht ausreiche. Es müsse

86) Reichstagsverhandlungen 1871, Band III S.69 ff.

aber bezweifelt werden, ob angesichts der hierzu geäußerten kritischen Stimmen, eine Abgrenzung nach der abstrakten Gefährlichkeit überhaupt möglich sei.

Aber auch die Entwicklung der Haftung des Staates für das außerkontraktliche Verschulden seiner Beamten ⁽⁸⁷⁾, sowie die Haftung der juristischen Personen für ihre Organe zeige, daß mit einer Neuregelung der Gehilfenhaftung hier zumindest teilweise Meinungsverschiedenheiten ausgeräumt werden könnten.

Obwohl man vieler Vorteile sicher wäre, müsse dennoch eine derartige Bestimmung juristisch und wirtschaftlich begründet werden.

- b) Wie schon Enneccerus ⁽⁸⁸⁾ wendet sich Petersen gegen das "Assekuranzprinzip" und die "Veranlassungstheorie". Beides sei als Begründung ungeeignet. Andererseits sei mit dieser Ablehnung noch nicht gesagt, daß eine Schadensersatzpflicht ohne eigenes Verschulden nicht denkbar wäre. Ohne zur Fiktion eines Verschuldens greifen zu müssen, könnte die Haftung für fremdes Verschulden in Umständen wie der Gefährlichkeit des betriebenen Unternehmens oder in dem Verhältnis zwischen dem Entschädigungspflichtigen und der Person, für welche gehaftet werden soll, ihren Grund haben.

87) Die Frage der Beamtenhaftung war endgültig noch nicht geklärt.

88) vgl. oben S.107 ff.

Die Theorie von Enneccerus lasse sich zwar auf außerobligatorisches Verschulden nicht ausdehnen. Die Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für das Verschulden seiner Gehilfen ließe sich jedoch schon aus der von Dreyer⁽⁸⁹⁾ gefundenen Konstruktion entnehmen. "Es müsse von jedem, der sich mit der Rechtssphäre eines anderen in Berührung bringe, die Aufwendung derjenigen Sorgfalt verlangt werden, welche notwendig sei, um die Verletzung fremden Rechts zu vermeiden".

- c) Erkenne man diese Haftpflicht grundsätzlich an, so müsse man lediglich noch klären, inwieweit sie auszudehnen sei. Dabei sei vor allem auf die Zweckmäßigkeit der Regelung zu achten. Es stelle sich also die Frage, ob eine allgemeine Haftungsregel oder weitere Spezialgesetze nach dem Vorbild des ReichshaftpflG zu schaffen seien.

Neben der Tatsache, daß die Spezialgesetze zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, spreche eine Reihe weiterer Gründe für eine generelle Regelung. Der immer noch gemachte Unterschied zwischen Personen- und Sachschäden sowie die unterschiedliche Belastung der Betriebe und die Bevorzugung der Großbetriebe könnten beseitigt werden, wodurch die Gesetzgebung einfacher und harmonischer werde. Zudem käme man damit dem Rechtsgefühl der Bevölkerung entgegen, wenn die Haftung für kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden übereinstimme, selbst wenn die juristische Konstruktion verschieden sei. Dem gegenüber seien

89) 17. DJT. I S. 60.

die gelegentlich erhobenen Einwendungen wenig überzeugend. Die Belastungen, die dadurch der Industrie entstünden, würden durch den Vorteil für die Allgemeinheit aufgewogen.

Daß die Industrie insgesamt geschädigt würde, sei doch aber sehr zweifelhaft, wenn man England, Frankreich und Nordamerika mit ihrer ausgedehnten Haftpflicht betrachte. Außerdem würden die Versicherungen zu einer weitgehenden Entlastung führen.

Auch unterscheide sich in diesem Punkt die Haftung in und außerhalb obligatorischer Verhältnisse in keiner Weise. Die bisher genannten Fälle von besonderer Härte für den Arbeitgeber seien zumeist solche gewesen, bei denen das Verschulden der Arbeiter nicht in Ausführung der Verrichtung, sondern bei Gelegenheit verübt wurde. Beachte man diese Einschränkungen bei der Regelung, so sei eine besondere Härte oder Ungerechtigkeit kaum zu befürchten. Zwar sei die Abgrenzung hier bestimmt nicht leicht, aber Rechtsprechung und Lehre würden diese Schwierigkeiten sicher bald gelöst haben ⁽⁹⁰⁾, zumal sich dieses Problem auch schon nach der bisherigen Gesetzgebung ⁽⁹¹⁾ stelle.

90) Diese Prognose täuschte allerdings. Petersen unterschätzte die Schwierigkeiten ganz offensichtlich, wie die Kasuistik in der späteren Rspr. zu dieser Frage zeigt.
Vgl. auch neuestens die Bemühungen, dieses Kriterium ganz fallen zu lassen, siehe unten.

91) § 2 RHaftPflG; Art. 451 HGB.

- d) Halte man jedoch diese angestrebte Haftpflicht für zu weitgehend, so brauche man deshalb nicht auf dem Stand des gemeinen Rechts stehen zu bleiben. Es sei zumindest gerechtfertigt, den Arbeitgeber für die Diligenz seiner Arbeiter haften zu lassen, wenn er nicht nachweise, daß er alles getan habe, um Schädigungen Dritter durch die Ausführung der Arbeit zu verhindern. Zudem müsse unter der Geltung des Verschuldensprinzips der Arbeitgeber beweisen, daß er sorgsam bei der Auswahl, Belehrung und Überwachung der Arbeiter gehandelt habe. Trotz gewisser Bedenken gegen diese Beweislastregelung sei sie dem geltenden Recht vorzuziehen.
- e) Petersen formuliert zwar keinen bestimmten Antrag, spricht sich jedoch dafür aus, eine dem § 67 des bayerischen Entwurfs entsprechende Regelung zu wählen (92). Sollte sich dafür keine Mehrheit finden, schlägt er eine Satz 1384 des Badischen Landrechts und Art. 62 des Schweizerischen Obligationenrechts entsprechende Regelung (93) vor.

Dieser Eventualantrag drückt die von Petersen bei den Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages gewonnene Erkenntnis aus, daß es von seiten der Pandektisten bei der Abstimmung über eine unbedingte Haftung der Arbeitgeber Schwierigkeiten geben könnte. Die schon von Hasse (94) geforderte Beweislastregel würde, falls der Hauptantrag scheitert, dann wenigstens eine gewisse Verbesserung bringen, die auch von den Pandektisten annehmbar wäre.

92)=unbedingte Haftung

93) = Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast

94) siehe oben S.9

Obwohl Petersen bei seinem Gutachten weitgehend die Einwände der Pandektisten berücksichtigt, bleibt er doch letztlich auf der Linie Mayers im Sinne einer "pragmatischen Jurisprudenz" (95), indem er das Bedürfnis nach einer Neuregelung und deren Zweckmäßigkeit als zentrale Frage ansieht. Er bemüht sich zwar um eine dogmatische Konstruktion und bedient sich dazu der von Enneccerus für vertragliche Verhältnisse entwickelten Gedanken. Mit seiner Konstruktion, es bestehe eine allgemeine Rechtspflicht gegenüber einem Dritten, dessen Sphäre nicht zu verletzen, schafft er jedoch eine Verpflichtung, die zu einer Verwischung des Grenzbereichs obligatorischer Verhältnisse führt.

Der Versuch, die Zweckmäßigkeit einer Regelung durch zwei bereits in der Haftungsfrage geltende ähnliche Bestimmungen zu beweisen, kann die juristische Begründung nicht ersetzen. Auch der Hinweis auf die Partikularrechte ist nur Indiz für die Zweckmäßigkeit. Daß Petersen dabei besonders Art. 66 des bayerischen Entwurfs und nicht dessen inhaltsgleiches Vorbild Art. 1384 CC hervorhebt, dürfte weniger eine Folge nationalistischer Überzeugung sein, als vielmehr mit der auf dem 17. Deutschen Juristentag sichtbar gewordenen Abneigung gegen die in Art. 1384 ergangene französische Rechtsprechung zusammenhängen.

Die Einwände, die über die konstruktiven Mängel hinaus von den Pandektisten erhoben werden, wider-

95) vgl. oben Fußn. 80.

legt Petersen zumeist mit Überlegungen aus der Praxis. Damit fehlt aber trotzdem weiterhin die Konstruktion.

Am eigentlichen Gegensatz zwischen den schon am 17. Deutschen Juristentag vorhandenen Fronten vermag somit auch das Gutachten Petersen nichts zu ändern.

2. Verhandlungen

a) Das Referat Petersen

Petersen geht in seinem Referat, wie schon zuvor in seinem Gutachten, von der Bedürfnisfrage aus und stellt fest, daß die Rechtsentwicklung in den einzelnen Rechtsbereichen, wie etwa dem Handelsrecht, aber auch in den Landesteilen und sonstigen Ländern eine Tendenz zur Haftungserweiterung zeigten. Eine Beschränkung sei allerdings durchwegs und überall erkennbar, daß nämlich nur für Schäden in Ausführung der Dienstverrichtung, nicht bei Gelegenheit derselben gehaftet werde. Wie auch die zukünftige Regelung ausschaue, an diese Grenze werde man sich halten müssen.

Für den Bereich der gefährlichen Betriebe habe sich unzweifelhaft ein Bedürfnis der Haftungserweiterung gezeigt, nicht zuletzt angeregt durch die Rechtsprechung. Die daraufhin geschaffenen gesetzlichen Bestimmungen seien aber keineswegs befriedigend, da man nicht in der Lage sei, den

Begriff des gefährlichen Gewerbes zu definieren. Würde man eine allgemeine Haftungserweiterung normieren, wäre jedenfalls das leidige Abgrenzungsproblem bei § 2 HaftpflG aus der Welt geschafft.

Auch die Parallele der Beamtenhaftung des Staates und der Organhaftung der juristischen Personen zeige, daß man auf dem strengen Verschuldensgrundsatz des Römischen Rechtes nicht stehen bleiben könne.

Die juristische Konstruktion findet Petersen im Referat wie schon im Gutachten in der Erweiterung der für Vertragsverhältnisse von Enneccerus begründeten Haftpflicht, und auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung hält sich Petersen an die Gedanken seines Gutachtens.

Sein Antrag lautet daher: Der Juristentag wolle beschließen:

Es empfiehlt sich, die Arbeitgeber außerhalb obligatorischer Verhältnisse für den von ihren Arbeitern einem anderen zugefügten Schaden insoweit für haftbar zu erklären, als die Beschädigung in Ausführung der den Arbeitern übertragenen Verrichtungen begangen worden ist.

Für den Fall, daß dieser Antrag nicht gebilligt werde, beantragte er: Der Juristentag wolle beschließen:

Es empfiehlt sich, die Arbeitgeber außerhalb obligatorischer Verhältnisse für den durch ihre Arbeiter anderen in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen zugefügten Schaden insoweit für haftbar zu erklären, als sie nicht nachweisen, daß sie alle erforderliche Sorgfalt angewendet haben, um einen solchen Schaden zu verhüten.

b) Das Correferat Heinsheimer:

Heinsheimer, der als Oberlandesgerichtsrat in Karlsruhe mit der Praxis des Badischen Landrechts besonders vertraut ist, weist auf die Unzuträglichkeiten hin, zu denen der Entlastungsbeweis in Satz 1384 des Badischen Landrechts geführt hat. Der Irrtum, Art. 1384 beruhe auf einer culpa in eligendo vel custodiendo sei längst erkannt. Deshalb könne er den Eventualantrag Petersens nicht unterstützen.

3. Diskussion

- a) Entgegen seiner abwartenden Haltung bei den Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages spricht sich Enneccerus auf dem 18. Deutschen Juristentag von vornherein für eine Haftungserweiterung des Arbeitgebers aus. Das HaftpflG reiche nicht aus und auch eine "bloße Vermehrung der in den Vorschriften des HaftpflG genannten Gewerbe" genüge dem Bedürfnis nicht. Betrachte man die Fälle, die stets als Ausdruck dieses Bedürfnisses gewertet würden, so finde man ausschließlich solche Gewerbe, deren Betrieb eine besondere Gefahr für unbeteiligte Dritte darstellt.

Damit greift Enneccerus das alte und viel kritisierte Argument der gefährlichen Betriebe auf, versucht aber sofort die bislang gegen diese Begründung einer Gefährdungshaftung vorgebrachten Einwände zu widerlegen.

- aa) Es sei nicht richtig, daß praktisch jedes Gewerbe gefährlich sei. Entscheidend sei ein gewisser Grad an Gefährlichkeit, der sehr wohl nur auf eine beschränkte Zahl zutreffe.
- bb) Der Einwand, eine Abgrenzung zwischen gefährlichen und ungefährlichen Gewerben sei nicht möglich, könne nicht gelten. Habe man den entsprechenden gesetzlichen Rahmen abgesteckt, werde die Jurisprudenz schon den rechten Weg finden. Im übrigen könne man, wie das HaftpflG beweise, die besonders gefährlichen Gewerbe auch spezialgesetzlich erfassen.
- cc) Die legislatorische Begründung sei einfach. Gestatte das Gesetz gewissen Personen den Betrieb gefährlicher Gewerbe zu ihrem Vorteil, so müßten sie auch den Schaden tragen, der sich aus der Gefahr ergebe (96).

96) Damit begründet Enneccerus seine Auffassung mit Gedanken, wie sie schon im Reichshaftpflichtgesetz zum Ausdruck gekommen waren; diese Überlegungen führen in der Untersuchung von M. Rümelin zur Bezeichnung der "Gefährdungshaftung", Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896

Daraus ergebe sich eine unbegrenzte Haftung des Arbeitgebers, meint Enneccerus, für jeden Schaden, der durch die Gehilfen erfolge. Eine Begrenzung auf den bloß schuldhaft verursachten Schaden sei legislatorisch nicht begründbar.

Eine Ausdehnung seiner auf obligatorische Verhältnisse hin entwickelten Gedanken auf außerobligatorische sei nicht möglich, da einziger Haftungsgrund eben die Obligation sei.

Einzelne darüberhinaus vorgetragene Zweckmäßigkeitsgründe würden jedoch allein den Hauptantrag der Referenten nicht rechtfertigen.

Hingegen stimmt Enneccerus dem Eventualantrag ohne Abstriche zu. Diese Regelung habe man in Baden und in der Schweiz gewählt. Da man in diesen Rechtsgebieten vor der gleichen Wahl gestanden habe, müsse man hier annehmen, daß man sich dort für das Bessere entschieden habe.

- b) Jaques (97) lehnt wie Ennecerus die Begründung Petersens für die Gleichstellung der Haftung innerhalb und außerhalb obligatorischer Verhältnisse ab. Entgegen Enneccerus hält aber Jaques auch eine Abgrenzung zwischen gefährlichen und ungefährlichen Gewerben für undurchführbar und daher für willkürlich. Der Arbeitgeber hafte in jedem Falle für die "Vorfälle, Außerachtlassungen, Nachlässigkeiten", die gewöhnlich mit dem Betrieb des Gewerbes vorkommen können. Dieser Gedanke rechtfertige als allgemeines Prinzip Petersens Antrag.

Auch sei die Schwierigkeit, die Petersen in der Unterscheidung zwischen der Haftung in Ausführung der Verrichtung und bei Gelegenheit derselben angedeutet

habe, gering. Der Arbeitgeber hafte nur, wenn der Arbeiter in seiner ihm übertragenen eng umschriebenen Funktion ⁽⁹⁸⁾ gehandelt habe.

- c) Wie fruchtlos dem Praktiker der Streit um die juristische Konstruktion erscheinen muß, wird deutlich bei den Ausführungen eines Rechtsanwaltes ⁽⁹⁹⁾. Nicht an dem Gerechtigkeitsprinzip sondern an der Zweckmäßigkeit sei die neue Theorie zu messen. Die Entwicklung und die gegenwärtigen Bedürfnisse würden zeigen, daß es praktischer sei, dem Arbeitgeber das Haftungsrisiko aufzuerlegen. Dies könne er bei seinen Unkosten berücksichtigen. Wie man in Belgien, Italien und Frankreich sehe, würde dadurch auch nicht die Existenz der Gewerbe gefährdet.
- d) Die weitere Diskussion setzt ohne neue Akzente den Streit über die Abgrenzung der Gefährlichkeit der Betriebe und über die juristische Begründung fort. Die Fronten liegen klar.

In der folgenden Abstimmung erhält der Hauptantrag Petersens - wie nach der Diskussion und der allgemeinen Stimmung nicht anders zu erwarten - die Mehrheit ⁽¹⁰⁰⁾. Dennoch legt Enneccerus Wert auf die Feststellung, daß im Falle der Nichtannahme der

98) à l'occasion de l'exercice de ses fonctions

99) Dr. Scherer, 18. DJT II S. 97-99, aus Mainz, also dem Geltungsbereich des CC.

100) Damit scheint sich die auf dem 17. DJT noch Überwiegende Meinung der fortschrittlichen Auffassung gebeugt zu haben. Das ist allerdings weniger ein Resultat gewandelter Überzeugung als vielmehr auf die veränderte personelle Zusammensetzung der 1. Abteilung des 18. DJT zurückzuführen, worauf vor allem Enneccerus - 18. DJT II S. 91 - hinweist.

Eventualantrag einstimmig (101) angenommen worden wäre.

VI. Ergebnisse der Juristentage

1. Die Frage der vertraglichen und der deliktischen Gehilfenhaftung, die bislang allenfalls in knappen Einzeldarstellungen und nebenbei aufgegriffen worden war, hat auf den Juristentagen erstmalig in dieser Gegenüberstellung eine umfassende Erörterung erfahren. Der Wandel der Anschauungen, der sich im Schadensersatzrecht des 19. Jahrhunderts bis in die siebziger Jahre hinein allgemein und überall abzeichnete, wurde auch über den Zeitraum der beiden Juristentage hinweg sichtbar.

Die Behauptungen, das Verschuldensprinzip sei schon vom Vernunftrecht her als "raison écrite" (102) über jede Erörterung erhaben und "das culpa - Prinzip sei dem 19. Jahrhundert in Fleisch und Blut übergegangen" (103), können in dieser Ausschließlichkeit

101) Offensichtlich gab Heinsheimer, der den Eventualantrag entschieden abgelehnt hatte, seinen Widerstand auf, da Einstimmigkeit festgestellt wurde, 18. DJT II S. 106.

102) Zink, Die Ermittlung des Sachverhalts im französischen Zivilprozeß, 1860 Bd. I S. 564.

103) Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888, S. 13.

nicht mehr gelten. Dank der sozialen Initiative von Staatsrat und Justizministerium war ohne Beteiligung der Wissenschaft schon 1838 mit § 25 PrEisenbahnG und 1871 mit dem gleichlautenden § 1 HaftpflG die erste Bresche in das gemeinrechtliche Haftungsprinzip geschlagen worden.

Hatte man diese Bestimmungen zunächst als Ausnahme ohne dogmatische Berechtigung abgetan und glaubte man, die umstrittene Frage der Haftung ohne Verschulden durch Herauslösung aus dem "eigentlichen" Privatrecht und Verbannung in Spezialgesetze umgehen zu können, so werdengerade in den Verhandlungen der Juristentage die Grundgedanken, die den Gesetzgeber zur Haftungserweiterung in bestimmten Fällen bewegt hatten, aufgegriffen und ausgebaut.

Man ist sich nicht schlüssig, wie man den Bedürfnissen der Zeit, die man erkannt zu haben glaubte, angesichts des Verschuldensgrundsatzes Geltung verschaffen soll. Es ist jedoch spürbar, daß notfalls auch mit der gemeinrechtlichen Ideologie gebrochen wird. Die Versuche durch Auslegung und Systematisierung der römisch-rechtlichen Quellen die wirtschafts- und sozialpolitisch gestellten und als solche erkannten Aufgaben zu meistern, sind zwar Ausdruck einer gewissen dogmatischen Verbundenheit. Im Ergebnis ist man freilich wieder bereit, die juristische Konstruktion der Zweckmäßigkeit sowie der wirtschaftlichen und sozialen Notwendigkeit zu opfern.

2. Damit zeichnet sich zugleich eine - wenn auch unbewußte - Abkehr vom reinen rechtswissenschaftlichen Positivismus ab ⁽¹⁰⁴⁾.

Hatte man 1884 bei der Entscheidung über die Haftung

104) Zum Begriff: Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.431.

für Erfüllungsgehilfen mit den Begriffen und aus dem System der Verschuldenshaftung heraus eine Lösung gefunden, so gesteht man 1886 bei der deliktischen Gehilfenhaftung allein den sozialen und wirtschaftlichen Wertungen und Zwecken rechtsändernde beziehungsweise rechtsbegründende Bedeutung zu. Dabei ist die Beweisbarkeit und die nach dem Muster der naturwissenschaftlichen Denkmethode logische Konstruktion nicht ausschlaggebend.

Die Streitfragen im grundsätzlichen Bereich sind freilich dennoch ungelöst. Der an objektive Tatbestandsmerkmale anknüpfende Zurechnungsgrundsatz von Dreyer und Mayer steht bei Leonhard und Enneccerus dem subjektiven Merkmal der Schuld als einzigem eine Zurechnung rechtfertigenden Grund gegenüber.

Jaques, der keinen neuen Zurechnungsgrundsatz schaffen, aber auch nicht beim Verschuldensprinzip stehenbleiben will, wählt für seine Lösung einen Kompromiß und geht damit einer echten Entscheidung aus dem Weg.

Ebenso vermeidet Petersen eine Erörterung dieser Grundfrage und begnügt sich mit dem Bedürfnis und der Zweckmäßigkeit als Rechtsgrund.

Eine dogmatische Lösung des Problems der Gehilfenhaftung hat man somit nicht gefunden.

Sucht man nach Auswirkungen, die die Juristentage auf die weitere Problemerkörterung hatten, so stellt

man erstaunlicherweise zunächst nur ein sehr schwaches Echo fest.

Die Rechtswissenschaft glaubt, nicht Stellung nehmen zu müssen, weil sie in den Verhandlungen lediglich eine Empfehlung an den Gesetzgeber sieht (105). Der Gesetzgeber jedoch bedient sich nur sehr zögernd dieser Empfehlungen, einmal weil das Schuldrecht allgemein sich nach dem schon längst bestehenden Dresdner Entwurf richtet, zudem aber auch deshalb, weil der Einfluß der Pandektisten in den Kommissionen ungleich größer war als bei den Juristentagen (106).

Man entsinnt sich so recht der Juristentage erst wieder, als man, der Mängel des § 831 BGB bewußt, nach neuen Möglichkeiten und Lösungen sucht.

105) Wendt, Pandekten, 1888 und Dernburg, Pandekten und Privatrecht, 5. Aufl. 1897 - 7. Aufl. 1903 nehmen keinerlei Notiz. Windscheid, 7. Aufl. 1891 entzieht sich einer Stellungnahme mit obiger Begründung.

106) Zur Zusammensetzung der Kommission vgl. unten; zur Zusammensetzung des 17. DJT siehe oben Fußn. 27 vgl. auch die Bemerkung von Enneccerus bei Fußn. 100.

4. Abschnitt

Die Gesetzgebungsarbeiten zum BGB

I. Vorbemerkung

Stellt der von den Juristentagen erarbeitete Vorschlag zur vertraglichen und der Kompromiß zur deliktischen Gehilfenhaftung eine bedeutsame Weiterentwicklung dieser Frage dar, so waren bei den zum Teil parallel laufenden, größtenteils aber auch schon vorher abgeschlossenen Vorarbeiten zum BGB keine wesentlich neuen Gedanken zu erwarten. War doch besonders das auf den frühen Vereinheitlichungsbestrebungen fußende Schuldrecht systematisch noch der Jahrhundertwende zuzurechnen.

Die Bestrebungen, ein einheitliches deutsches Zivilrecht zu schaffen, reichen in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück ⁽¹⁾. Sie fanden erstmals als allgemein zu forderndes politisches Ziel in der Verfassung von 1848 ihren Niederschlag ⁽²⁾. Wie viele Ideen in erstem Schwunge nationaler Bewegung scheiterte diese Bestrebung jedoch an dem Widerstand der einzelnen Staaten, die ihre zum Teil relativ jungen Kodifikationen nicht so schnell wieder außer Kraft treten lassen wollten. Zwar änderte sich diese Einstellung schon wenige Jahre später (1859), als sich verschiedene Staaten ⁽³⁾ für eine gemeinschaftliche Zivilgesetzgebung aussprachen. Zum großen Reformwerk kam es jedoch schon deshalb nicht, weil hierfür die rechtlichen Voraussetzungen fehlten.

1) so etwa der von dem Nassauischen Hofgerichtsrat Friedrich August Freiherr von Preuschen-Liebenstein 1848 vorgelegte "Entwurf zu einem allgemeinen Deutschen Civilgesetzbuch", Leipzig; vgl. zu den Kodifikationsbestrebungen insbes. Schwartz in ArchBürgR Bd. I (1889), S. 1 - 189.

2) § 64 Reichsverfassung vom 28. März 1849.

3) Preußen und Österreich fehlten allerdings.

Erst mit dem "Gesetz, betreffend die Abänderung der Nummer 13 des Artikel 4 der Verfassung des deutschen Reichs", vom 20. 12. 1873 hatte das Reich die notwendige Gesetzgebungskompetenz zum Erlaß eines bürgerlichen Gesetzbuchs ⁽⁴⁾. Schon im März 1874 trat die daraufhin gebildete Vorkommission zur Erledigung allgemeiner Fragen zusammen. Auf ihre Anregung hin wurde noch im selben Jahr die eigentliche Kommission gebildet. Redaktor für das Schuldrecht war der königlich württembergische Obertribunaldirektor Dr. von Kübel aus Stuttgart. Allerdings war von Kübel infolge einer schweren Krankheit nicht in der Lage, den Entwurf des Schuldrechts rechtzeitig mit den übrigen Teilen fertigzustellen. Um die Fertigstellung des Gesamtwerks nicht in Frage zu stellen, wurde den Beratungen der Gesamtkommission, nachdem von Kübel 1884 gestorben war, hinsichtlich des fehlenden Teils der Dresdner "Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse" zugrunde gelegt.

II. Der erste Entwurf

1. Die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs legte 1884 nach der ersten Beratung ihre Ergebnisse vor ⁽⁵⁾.

4) Die Bismarck'sche Verfassung von 1871 hatte dem Reich lediglich die Gesetzgebungskompetenz für das Obligationenrecht zuerkannt.

5) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich - Erste Berathung - Zweites Buch, Berlin 1884.

Unter dem Zweiten Titel "Inhalt der Schuldverhältnisse" bestimmte § 222 Absatz 2 ⁽⁶⁾:

"Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient."

Nach den Motiven ⁽⁷⁾ gilt diese Haftung für alle Schuldverhältnisse ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund, also für rechtsgeschäftliche und für solche aus anderen Gründen ⁽⁸⁾. Der Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretung wurde

-
- 6) Später: § 224 Abs. 2 - erste Lesung 1888
§ 234 - zweite Lesung 1894
§ 272 - Reichstags- und Bundesratsvorlage
1896 und 1898

Der Entwurf, 1. Berathung, entspricht inhaltsmäßig dem Entwurf, 2. Lesung. Die Motive beziehen sich jeweils auf den Entwurf, 1. Lesung. Es wird daher im folgenden auf eine Unterscheidung verzichtet. Regelmäßig fehlt sie auch in der Literatur.

- 7) Amtl. Ausgabe II S. 29 f. (= Mugdan II S. 16 f.); der Wert der veröffentlichten Materialien ist unterschiedlich zu beurteilen (vgl. Enn.-Nipp. § 55). Die Protokolle, Beratungen und Vorentwürfe zum BGB wurden nur einem kleinen auserwählten Kreise zugänglich gemacht und auf entsprechende wissenschaftliche Diskretion hingewiesen (Vierhaus aaO S. 72 Anm. 4). Die späteren "Motive", von Mitarbeitern der Gesetzgebungskommission, d.h. von den Hilfsarbeitern der Redaktoren gefertigt, sind eine bloße "Privatarbeit" (RGZ 51, 272-274) und haben der Kommission nicht vorgelegen (vgl. Degenkolb in AcP 76, S. 3 Anm. 2, der zu Recht von "sogenannten", nicht wirklichen Motiven spricht).
- 8) Dieser Hinweis war deshalb erforderlich, weil nach dem Aufbau des Entwurfs unterschieden wurde in Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden (2. Abschnitt), in Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (3. Abschnitt) und im 4. Abschnitt in Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen (Bereicherung, GoA, Gemeinschaft, Vorlegung und Offenbarung). Da hinsichtlich der Rechtsfolgen kein Unterschied besteht, verzichtete allerdings dann das BGB in seiner endgültigen Fassung im 7. Abschnitt (§§ 433 - 853) unter "Einzelne Schuldverhältnisse" auf diese Einteilung.

als unerheblich ausgeklammert, da er nur dann bedeutsam werde, wenn der Vertreter bei Leistungsbewirkung tätig sei, wobei er dann ohnehin wie die sonstigen Gehilfen zu behandeln sei.

Die Motive legen zunächst den Meinungsstand dar.

a) Die Überwiegende Meinung unterscheide mit kleineren Abweichungen bei den einzelnen Schuldverhältnissen folgendermaßen:

aa) Soweit sich der Schuldner Dritter zur Leistungsbewirkung bedienen dürfe, hafte er (ausgenommen §§ 395, 400, 451 HGB) nur, soweit er bei der Auswahl, Aufsicht oder der erforderlichen Instruktion gefehlt habe.

bb) Sei ihm die Zuziehung oder Zuhilfenahme Dritter nicht gestattet, müsse er für deren Handlungen unbedingt eintreten.

b) Dagegen habe sich der hessische und bayerische Entwurf dem weit strengeren Artikel 1384 CC mit der unbedingten Haftung angeschlossen.

c) Die gerichtliche Praxis habe für den Fall des conductor operis auch dann eine unbedingte Haftung angenommen, wenn ihm die Zuziehung Dritter gestattet war. Diese in Theorie und Praxis zunächst für den Werkvertrag dann auch allgemeiner und verschieden begründeten Gedanken seien "legislativ in höchstem Grade beachtenswert".

Ohne sich mit den Argumenten der verschiedenen Meinungen zu befassen und ohne weitere systematische Erwägungen stellt die Kommission ihre Auffassung gegenüber. Aus den folgenden Gründen sei eine unbedingte Haftung ⁽⁹⁾ zu bejahen:

- (1) Wer sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bediene, handle im eigenen Interesse, also auch auf eigene Gefahr.
 - (2) Der Schuldner könne sich der Verantwortung, entsprechend seiner Sorgfaltsverpflichtung, für diejenigen nicht entziehen, die er für die geschuldete Handlung zuziehe.
 - (3) Der heutige Verkehr sehe im Leistungsversprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordentliche Verhalten der Gehilfen.
 - (4) Der Standpunkt des gemeinen Rechts führe zu praktischen Unzuträglichkeiten und Streitigkeiten und beeinträchtige die Rechtssicherheit. Er habe immer wieder zu Klagen geführt, sei dem modernen Rechtsbewußtsein immer fremder geworden und daher nicht mehr haltbar.
 - (5) Man müsse sich dem schweizerischen Obligationenrecht (Art. 115) anschließen.
-
- (9) Man glaubte auch hier, auf den schon allseits anerkannten Hinweis nicht verzichten zu können, wonach der Schuldner, der sich unbefugtermaßen Dritter bediene, schon aus allgemeiner Pflichtverletzung hafte.

(6) Mit dieser Regelung könne man auch auf die sonst erforderlichen Spezialbestimmungen verzichten.

2. Damit halten sich die Motive durchweg an die bislang vorgebrachten Argumente. Der Utilitaritätsgedanke (1 und 2), Dreyer's Erfolgstheorie (3), der Bedürfnis- und Zweckmäßigkeitgedanke (4 und 6), sowie der Blick über die Grenze (5) finden sich hier, wie auf den Juristentagen. Auffällig ist nur, daß man glaubte, dieses Ergebnis allein aus der Tendenz der Rechtsprechung und Lehre ⁽¹⁰⁾ gewinnen zu müssen, gewissermaßen als harmonische, sogar zwingende Entwicklung der Rechtsanschauung. Zwar wurde der Standpunkt des gemeinen Rechts ausdrücklich abgelehnt ⁽¹¹⁾, andererseits fehlte aber jede Stellungnahme zu Art. 1384 CC ⁽¹²⁾. Möglicherweise hatte man Bedenken, sich mit der offenen Übernahme des französischen Rechts auch die dogmatische Begründung dieser Bestimmung und die Folgen der französischen Rechtsprechung einzuhandeln ⁽¹³⁾.

Anders als auf dem Juristentag macht man sich um die juristische Konstruktion keine Gedanken. Allein die Berücksichtigung der Legalobligation, bei der der Schuldner haftet, ohne daß er überhaupt in der Lage war, eine Garantie zu übernehmen, ist schon mit der Erfolgstheorie nicht zu begründen. Vor allem aber wird der Bruch mit dem Verschuldens-

10) siehe oben unter c).

11) oben aa).

12) oben b).

13) solche Bedenken wurden zwar in den Motiven nicht geäußert. Die Haltung der Juristentag-Mitglieder legt diese Vermutung aber auch für die Bearbeiter des BGB nahe.

prinzip ohne weiteres vorgenommen. Hatte man sich auf dem 17. DJT - wenn auch erfolglos - wenigstens um eine diesem Prinzip konforme Lösung bemüht, hier blieben die Fragen nach dem grundsätzlichen Haftungssystem unerwähnt.

3. Noch ganz im Sinne des gemeinen Rechts hält sich dagegen die von der Kommission nach der ersten Beratung vorgeschlagene deliktische Gehilfenhaftung.

§ 704 ⁽¹⁴⁾: "Derjenige, welcher kraft Gesetzes über einen anderen die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, haftet für den von dem anderen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden, wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den durch das Gesetz Verpflichteten übernommen hat."

§ 705: "Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert.

14) Die deliktische Gehilfenhaftung ist geregelt:

a) Entwurf, Erste Berathung	§§ 705, 706	1884
b) erste Lesung:	§§ 711, 712	1888
c) zweite Lesung:	§ 754	1894
d) Reichstagsvorlage:	§ 815	1896
e) Bundesrathsvorlage:	§ 816	1898
f) BGB:	§ 831	1900

Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 für den Schaden, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat."

§ 706: "Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet § 705 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

Die Motive ⁽¹⁵⁾ lehnen die weitgehende Haftung des Art. 1384 CC und Art. 66 bayerischer Entwurf ab, wenden sich aber auch gegen Art. 62 Schweizer Obligationenrecht, der die strenge Haftung durch den Exkulpationsbeweis erleichtert.

Ohne weitere Begründung schließt sich der Entwurf dem Standpunkt des gemeinen und preußischen Rechts an, wonach der Geschäftsherr nur für eigenes Verschulden bei der Aufsicht (§ 705) und bei der Auswahl (§ 706) haftet. Ausdrücklich betonte man, daß die Handlung für die gehaftet wird, in Ausführung der Verrichtung und nicht bei Gelegenheit erfolgt sein muß, um - wie man meinte - die Haftung nicht übermäßig auszuweiten.

15) amtliche Ausgabe II S. 736 f. (= Mugdan II S. 411).

Der Beschädigte mußte nach dem ersten Entwurf zudem die Beschädigung durch den Gehilfen, den Mangel der Auswahl oder Aufsicht und die hypothetische Tatsache, daß der Schaden bei Wahrung der Pflichten durch den Geschäftsherrn nicht entstanden wäre, beweisen.

4. Die Veröffentlichung des Entwurfs erster Lesung hat eine wahre Flut von Stellungnahmen herausgefordert (16).

- a) Die Lösung, die der Entwurf für die Haftung innerhalb obligatorischer Verhältnisse in § 224 Abs. 2 (§ 222 Abs. 2) vorsah, wurde ganz überwiegend be-

16) Die allgemeinen Urteile und Kritiken müssen jedoch an dieser Stelle wegen ihres Umfangs weitgehend außer Betracht bleiben (vgl. nur das 30-seitige Verzeichnis der in der Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1891 Band VI S. 675 - 705, berücksichtigten Autoren). Es wird freilich auch nicht ganz ausreichen, nur die Stellen zu betrachten, in denen die Gehilfenhaftung speziell angesprochen ist, da das eine ohne das andere sonst teilweise unverständlich bleibt. So zutreffend Liszt, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs, Heft 5, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht: "Die kritische Besprechung einzelner Theile des Entwurfs ist nicht möglich, ohne daß der Kritiker dem ganzen Entwurf gegenüber Stellung nimmt und seinem Gesamturteil über diesen Ausdruck gibt. Und umgekehrt kann nur in diesem Gesamturteil ein zuverlässiger Maßstab, eine feste Richtschnur für die Einzelkritik gefunden und festgehalten werden."

grüßt (17). Lediglich Jacoby (18) schlägt zur besseren Trennung der Haftung innerhalb und außerhalb obligatorischer Verhältnisse die Einfügung einer salvatorischen Klausel in § 224 zugunsten der §§ 710 bis 713 vor.

- b) Hingegen ist die Entwurfslösung der deliktischen Gehilfenhaftung sehr umstritten (19).

Schon vom Ausgangspunkt her hält J. Schmidt das Schadensersatzrecht für verfehlt, weil das romanistische Dogma von der Schuld als dem Axiom der Haftung "in der modernen Rechtsanschauung keinen Boden mehr hat" (20). Der Entwurf sei aber hinsichtlich des Schadensersatzes auf diesem gemeinrechtlichen Grundprinzip stehengeblieben, ohne

-
- 17) Das gilt auch für v. Gierke, Der Entwurf S. 199 Nr. 5, der bemerkt, die gemeinrechtliche Kontroverse sei damit zu einem befriedigenden Abschluß gekommen. Ebenso Meischeider, in Bekker und Fischers Beiträgen zum Entwurf, Heft 3, S. 49 ff.; Seuffert, ebenda, Heft 11, S. 14; Laband, AcP 73, S. 186 f.. Die allgemeine Zustimmung von Germanisten und Romanisten dürfte daher rühren, daß der Entwurf einerseits das deutschrechtli. obj. Zurechnungsprinzip durchsetzt, andererseits - wie man glaubt - einzelne Gesichtspunkte des Römischen Rechts in systematischer Weiterentwicklung einer allgemeinen Lösung zuführt. Allerdings machte die anfängliche Euphorie sehr bald einer differenzierten Kritik Platz, die vor allem die Schwierigkeit der Auslegung und die Lückenhaftigkeit bemängelte, vgl. nur Strohal's Kritik zur unveränderten Fassung der 2. Lesung in Jher. Jb. 33 (1894) S. 373 ff..
- 18) S. Jacoby, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1890, S. 39.
- 19) vgl. Das Schadensersatzrecht des Entwurfs, in Gutachten aus dem Anwaltsstand, Berlin 1890, S. 1183 - 1226.
- 20) Gutachten, S. 1186.

überhaupt eine Abweichung zu erwägen. Bezüglich der §§ 711, 712 weist Schmidt auf Dreyer's dem 17. DJT erstattetes Gutachten hin und schließt sich in Ausführung und Inhalt dessen Überlegungen an. Die bei Dreyer vorgeschlagene Ausdehnung der Gehilfenhaftung entspreche der Anforderung der Billigkeit und den Bedürfnissen des modernen Verkehrs.

Auch Klöppel ⁽²¹⁾ empfiehlt mit dem Utilitaritätsargument eine Haftungserweiterung. Die Unterscheidung, die gegenüber der strengen Haftung bei Art. 451, 452 HGB, des HaftpflG und der Unfallgesetze gemacht werde, sei nicht gerechtfertigt. Wie die Eisenbahnunternehmer seien auch die sonstigen Unternehmer zu behandeln.

Am ausgeprägtesten und leidenschaftlichsten findet sich die Kritik bei von Gierke ⁽²²⁾. Insbesondere wendet auch er sich mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Abkehr von römischen und einer Zuwendung zu germanischen Rechtsgedanken ⁽²³⁾ gegen die Verschuldensmaxime. Die Tendenz in der neueren Reichsgesetzgebung zur Verursachungshaftung oder Haftung für fremdes Verschulden habe der Entwurf beseitigt, anstatt sie zu erweitern und auszubauen ⁽²⁴⁾.

21) Gruch. Beitr. 32, S. 652.

22) Vor allem in "Der Entwurf" und in "Die soziale Aufgabe".

23) vgl. auch Zusammenstellung der gutachtli. Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerli. Gesetzbuchs, Bd. II, S. 406 ff..

24) ebenso Mataja, ArchBürgR 1, S. 269 ff.; Westrum, Gutachten, S. 239.

Der begriffliche Gegensatz zwischen Zivilunrecht und Kriminaldelikt, zwischen Schadensersatz und Strafe zeige, daß die Haftung nicht von der Schuld abhängt. Das folge auch daraus, daß das Wesen der Verpflichtung zum Schadensersatz die Reparationsverbindlichkeit sei ⁽²⁵⁾.

Speziell bemängelt von Gierke ⁽²⁶⁾, daß bei §§ 711, 712 in keiner Weise zwischen den organischen Gemeinschaften des Hausstandes oder des geschäftlichen Unternehmens, die Dritten als geschlossene Einheit gegenüberträten und beliebigen Verhältnissen der "Bestellung eines anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen" unterschieden werde. Damit ergebe sich ein Rückfall hinter alle sonstigen modernen Gesetzgebungen.

Auch habe man durch den Verzicht auf Schuldvermutungen dem Geschädigten eine untragbare Beweislast aufgebürdet.

Mit seiner Kritik knüpft von Gierke allgemein an seine germanistische Grundhaltung an und verbindet mit dem Wunsch nach einer objektiven Zurechnung Altnationales und Fortschrittliches. Ihn stören besonders die mangelnde Berücksichtigung sozialer Belange und Unterschiede, wie sie ihm in seiner "organischen Theorie" vom Staat als sozialem Organismus vorschweben ⁽²⁷⁾.

25) Dagegen plädiert insbesondere Planck, AcP 75, S. 390: Diese Folge sei weder dogmatisch begründbar noch entspreche sie der Gerechtigkeit und Billigkeit.

26) Der Entwurf, S. 261.

27) vgl. v. Gierke, Menschliche Verbände, S. 12 ff.. Die gelegentlich in diesem Zusammenhang feststellbare Vorliebe v. Gierkes für den CC wird unter anderem dadurch verständlich, daß der Code weit mehr germanische Elemente enthält als das BGB; vgl. H. Mitteis, SavZ GerMA 63 (1943) S. 138; ebenso Koschacker, Europa und das Römische Recht, 1947, S. 140.

III. Beratungen und Entwurf zweiter Lesung

1. Ohne Diskussion wurde in den Beratungen die Änderung des bisherigen § 224 Abs. 2 und Umstellung als Abs. 3 angenommen.⁽²⁸⁾:

"Der Schuldner haftet wegen Nichterfüllung auch dann, wenn diese auf einem Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder solcher Personen beruht, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient."

Mit nur unbedeutender redaktioneller Änderung lautet nach der zweiten Lesung der nunmehrige § 234:

"Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigenes Verschulden."

Ein Antrag, hinter "bedient" "im Zweifel" einzuschalten⁽²⁹⁾, wird abgelehnt mit der Begründung, bei der ins Auge gefaßten Regelung handele es sich um eine "gesetzliche Norm, die die Haftung des Schuldners auch auf den von gewissen anderen Personen angerichteten Schaden erstrecken" wolle. Konsequenz

28) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Achilles-Gebhard-Spahn I, Berlin 1897, S. 302 f..

29) Protokolle, amtli. Ausgabe S. 8412 (= Mugdan S. 523).

könne man daraus aber keine Auslegungsregel machen, die grundsätzlich nur für Rechtsgeschäfte in Betracht komme. Desgleichen wurde folgende Fassung abgelehnt: "Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung o d e r z u r E i n w i r k u n g a u f d e n G e g e n - s t a n d d e r L e i s t u n g bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden." Sei nämlich dieser Zusatz richtig, dann werde sich der dadurch angestrebte Effekt von selbst ergeben. Andererseits führe es zu weit, jede noch so entfernte Einwirkungsmöglichkeit, die der Schuldner einem Dritten auf den Leistungsgegenstand gestatte, als Rechtsgrund für die Haftung zu bestimmen. Nur wo die Gestattung der Einwirkung im Zusammenhang mit der Erfüllung stehe, sei die Haftung gerechtfertigt. Angenommen wurde hingegen der während der Beratung gestellte Antrag, die Worte "zur Bewirkung der Leistung" durch "zur Erfüllung der Verpflichtung" zu ersetzen. Dadurch käme der Sinn dieser Vorschrift besser zum Ausdruck. Durch Beschränkung auf die Leistungsbewirkung würden nämlich Fälle nicht erfaßt, die sich nicht primär als Leistungspflichten darstellten, dennoch in weiterem Sinne Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis seien, so etwa bei der Verpflichtung zur Herausgabe und Übergabe einer Sache, die Pflicht für die Erhaltung der Sache zu sorgen.

Die somit vorgenommenen Änderungen sind zwar im Ergebnis wenig bedeutend. Interessant sind jedoch die Gedanken, die zu dieser Form und zur Ablehnung anderer Formulierungen geführt haben.

Der Charakter dieser Bestimmung als Haftungserstreckung und nicht als bloße Auslegungsregel wird ausdrücklich betont. Damit versteht die beratende Kommission diese Haftungsregelung in bemerkenswertem Gegensatz zu dem von Leonhard und auch von Enneccerus auf dem 17. DJT geäußerten Verständnis. Selbst wenn sich Enneccerus um eine Erfassung nicht nur der vertraglichen Schuldverhältnisse bemüht hatte, so argumentierte er letztlich doch vom Vertrag, der versprochenen Leistung her ⁽³⁰⁾. Hingegen will die zweite Kommission ganz bewußt nicht den Verdacht aufkommen lassen, sie beschränke die Haftung für Erfüllungshilfen auf vertragliche Verhältnisse. Wenn damit auch konstruktiv nichts gewonnen ist, so wird immerhin das Bestreben sichtbar, eine dogmatisch klare Ausgangslage zu beziehen.

Einen weiteren bedeutsamen Gedanken zeigt der Antrag, den Schuldner nicht nur dann haften zu lassen, wenn er sich Dritter zur Bewirkung der Leistung bediene, sondern auch dann, wenn er sich Dritter zur Einwirkung auf den Gegenstand der Leistung bedient. Würde dieser Antrag eigentlich der Vorstellung entsprechen, daß

30) vgl. oben S. 109 ff., im 3. Abschnitt.

neben der Leistung weitere Verhaltenspflichten geschuldet sind und damit ganz im Rahmen dessen liegen, was mit der Abkehr von der Haftung für Verschulden allein innerhalb vertraglicher Verhältnisse gewollt ist, so hat man doch wieder Bedenken, den Rahmen so weit zu ziehen ⁽³¹⁾. Zudem klingt in dem Antrag ein gänzlich neuer Gesichtspunkt an, der ein neues Zurechnungsprinzip schaffen würde: der Sphärengedanke ⁽³²⁾. Denn Haftungsgrund soll allein die Tatsache sein, daß den Dritten vom Schuldner eine Einwirkungsmöglichkeit auf den geschuldeten Gegenstand eingeräumt wurde; nicht mehr wäre nötig, daß die Schädigung im Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung erfolgte.

31) Als richtig sollte sich die dabei angestellte Spekulation erweisen, "das was der Antrag anstrebe, werde sich, soweit es richtig sei, von selbst auch ohne den beantragten Zusatz ergeben": Im Anschluß an die grundlegenden Entscheidungen des RG (108, S. 224; 110, S. 319) versteht die h.M. unter der "Verbindlichkeit" i. S. des § 278 BGB nicht nur die eigentliche Leistungspflicht, sondern auch Vorberbeitungs-, Schutz- und Verhaltenspflichten, vgl. Larenz SchR II 10. Aufl. § 20 VIII.

32) Das Risiko, das zum Schaden führt, liegt in der Sphäre des Schuldners. Allerdings bleibt seine Risikoverantwortlichkeit beschränkt auf eine von ihm zwar verursachte, aber immerhin verursachte Maßnahme.

Diese dogmatische Neuorientierung wird jedoch kurzerhand vom Tisch gefegt, ohne daß ihre Bedeutung auch nur erkannt worden wäre ⁽³³⁾.

2. Betrachtet man die Entwicklung der Gehilfenhaftung innerhalb bestehender Schuldverhältnisse, die mit der Schaffung der unbedingten Haftung für schuldhaftes Verhalten der Gehilfen durch den Schuldner in § 278 BGB ihren Abschluß findet, so zeigt sich, daß es keine auf die Gehilfenhaftung ausschließlich zutreffende Begründung gibt, die Ursache für die Veränderung in der Beurteilung des Verschuldensprinzips gewesen sein kann. Die Argumente, die bei Schaffung des BGB eine von der strengen Verschuldenshaftung abrupte Abkehr bringen, sind nämlich im wesentlichen nicht neu. Ein systematischer, etappenweiser Fortschritt der Gehilfenhaftung ist gleichermaßen nicht erkennbar. Die Frage, ob diese Wendung bewußt vollzogen wurde oder nicht ⁽³⁴⁾, scheint zweitrangig gegenüber der Besinnung auf die Ursache.

-
- 33) Die Argumentation mit dem Utilitaritätsgedanken, der in der Diskussion der tragende Rechtsgrund für die Haftung des Geschäftsherrn für Erfüllungsgehilfen war, hätte sich damit freilich erübrigt. Die Einschaltung des Dritten, dem Einwirkungsmöglichkeit eingeräumt wird, führt nämlich keinesfalls automatisch zur "geschäftlichen Erweiterung" (risque et profit), aus der sich die Risikotragung rechtfertigt.
- 34) Sie läßt sich allerdings recht einfach klären. In den Protokollen (Mugdan II S. 1074) wird zum späteren § 823 BGB bei der Abwägung des Verschuldens- gegenüber dem Veranlassungsprinzip geäußert, daß am Verschuldensprinzip - wenn auch nicht ausnahmslos - grundsätzlich festzuhalten sei. Unter den als Ausnahme genannten und damit der Veranlassungshaftung zugehörigen Bestimmungen befindet sich jedoch nicht die Haftung für Erfüllungsgehilfen.

Daß die Argumente, die bereits früher vorgebracht wurden, soziologisch vernünftig und betriebswirtschaftlich vertretbar sind, wurde letztlich nie völlig verneint. Was jedoch von Anfang an bezweifelt wurde, ist die juristische Konstruktion und damit die Durchführbarkeit dieser Idee. Besonders anschaulich wird das durch die Ausführungen von Enneccerus auf dem 17. DJT.

Wenn also mit denselben Argumenten, die bisher zur Rechtfertigung nicht ausreichten, nunmehr das alte Ziel erreicht wird, dann läßt sich das nur über den Wertungswandel juristischer Argumentationsmethoden verstehen.

Offensichtlich war man sich über die dogmatische Begründung auch innerhalb der Kommissionen nicht einig. Wenn auch in den Motiven und Protokollen zu § 278 eine diesbezügliche Stellungnahme fehlt, so zeigt etwa die Diskussion zu § 831 ⁽³⁵⁾, daß man in § 224 Abs. 2 des Entwurfs die Leistungspflicht des Schuldners aus der Garantieübernahme herleitete ⁽³⁶⁾. Damit hielt man sich an Argumente, wie sie schon Leonhard geäußert und Enneccerus widerlegt hatte.

War die Begriffsjurisprudenz in ihrer rein axiomatisch-deduktiven Ausprägung, wie sie bei dem frühen Jhering anzutreffen ist, herrschender dogmatischer Argumenta-

35) Begründung für einen bei der 2. Lesung gestellten Antrag - siehe unten S.169 Antrag 5 - .

36) Protokolle amtli. Ausgabe II S. 602 (= Mugdan II S. 1094).

tionsstil des 19. Jahrhunderts, so wird man sich angeregt durch Jhering's Überzeugungswandel (37) zunehmend des den Begriffen vorgeschalteten und diese überwiegenden Kampfes der Interessen bewußt. Das alte juristische System ist nur mehr die ästhetische Verbrämung für die allein ausschlaggebenden Interessen (38).

Wie schon die Ausführungen auf dem Juristentag deutlich machen, zeigt die Feststellung der Bedeutung des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit für den Bereich der Haftung für den Erfüllungsgehilfen ein Übergewicht gegenüber der Bedeutung, die in der begrifflichen Bindung an die Verschuldenshaftung liegt. Dieses veränderte rechtssystematische Verständnis - so sehr man sich auch zuweilen noch an die begriffs-juristische Konstruktion gebunden fühlt - findet seinen Niederschlag in § 278 BGB.

3. Sowohl die heftige Kritik am Entwurf (39) als auch die Heranziehung des auf den Juristentagen geäußerten, in scharfem Gegensatz zum Entwurf stehenden jetzt erst verwertbaren (40) Gedankenguts, ließ für die deliktische Gehilfenhaftung eine umfassendere Erörterung bei der II. Lesung erwarten.

37) vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 451.

38) vgl. Sohm, Institutionen, S. 39.

39) siehe oben Fußn. 16 und 19 ff. auf S. 153 ff.

40) Die Juristentage 1884 und 1886 lagen zeitlich nach der ersten Beratung und überschnitten sich z. T. mit der ersten Lesung.

- a) Demgemäß wurde auch eine Reihe von Anträgen gestellt, in denen die verschiedenen Standpunkte deutlich zum Ausdruck kommen.

- (1) Anstelle der §§ 711, 712 sei zu bestimmen:

"Wer einen anderen zur Verrichtung einer Handlung bestellt, haftet für den von diesem in Ausführung der ihm zugewiesenen Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden. Die Haftung tritt nicht ein, wenn er bei der Auswahl oder, sofern die Verrichtung unter seiner Leitung auszuführen war, bei der Aufsicht über die Ausführung der Verrichtung die im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet hatte oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Das gleiche gilt von demjenigen, welcher für den Besteller die Aufsicht über die Ausführung der Verrichtung übernommen hat."

- (2) Sodann wurde folgende Fassung vorgeschlagen:

"Wer einen anderen zu seinem Vertreter bestellt hat, ist wegen des Schadens verantwortlich, welchen der andere in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Wer einen anderen, ohne ihn zu seinem Vertreter zu bestellen, zu einer Verrichtung bestellt, haftet . . . (weiter wie Antrag 1)."

(3) Des weiteren wurde vorgeschlagen:

"Wer ein Gewerbe betreibt, haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausführung der ihnen übertragenen gewerblichen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen. Wer außerhalb eines Gewerbebetriebs einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, haftet . . . (weiter wie Antrag 1)."

(4) Auch wurde beantragt:

"Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausführung der ihnen zugewiesenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen, es sei denn, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, um einen solchen Schaden zu verhüten."

(5) In einem weiteren Antrag wurde dafür plädiert, den Halbsatz "es sei denn verhüten" bei Antrag 4 zu streichen.

b) Gegen den Entwurf wurde von der Minderheit angeführt, "dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart entspreche der Satz, daß derjenige, der sich eines anderen zu einer Verrichtung bediene, dafür sorgen müssen, daß durch die Ausführung der Verrichtung ein Dritter nicht Schaden leide."

Schließlich sei die Ausführung auch Angelegenheit des Geschäftsherrn. Fraglich sei nur, in welchem Umfang der Geschäftsherr hafte.

Die Anträge 1 und 4 verlangen mit dem Entwurf und dem gemeinen Recht ein Verschulden des Geschäftsherrn, das in der mangelnden Sorgfalt bei Auswahl oder Beaufsichtigung⁽⁴¹⁾ der Gehilfen gesehen wird; die übrigen Anträge bestimmen eine Haftpflicht ohne Verschulden des Geschäftsherrn, wobei Antrag 5 dem französischen Recht folgt⁽⁴²⁾.

aa) Antrag 2 wurde damit begründet, Vertretung sei nicht nur auf rechtsgeschäftliches Handeln zu beschränken. Das entspreche den Regelungen des Art. 1384 CC, § 2 ReichshaftpflG und Art. 400, 451 HGB, sei aber auch dem Entwurf bei der Haftung der Gastwirte (§§ 626, 627 des Entwurfs, §§ 641 bis 643 des Entwurfs II; §§ 701 bis 703 BGB) und der juristischen Personen (§ 46 des Entwurfs; § 30 des Entwurfs II; § 31 BGB) nicht fremd.

-
- 41) Offensichtlich wurde bei der Änderung - entsprechend der Anträge 1 und 4 - ihre Tragweite insofern übersehen, als im Entwurf, 2. Lesung, vom Geschäftsherrn nicht mehr allgemein die Beaufsichtigung der Gehilfen gefordert wurde, sondern nur dann, wenn "die Verrichtung unter seiner Leitung auszuführen war." Dieses Ergebnis wurde allerdings sehr bald durch die Rechtsprechung wieder korrigiert (vgl. unten, Die Entwicklung seit 1900, Fußn. 71).
- 42) Ohne nähere Begründung wird in allen Anträgen in Angleichung an die Haftung des aufsichtspflichtigen gesetzlichen Vertreters (§ 704, E 1. Berathung; § 710, E 1. Lesung) auf das Verschulden des Verrichtungsgehilfen verzichtet (aus der "unerlaubten Handlung" wird der "widerrechtlich zugefügte Schaden"), um nicht die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn bei der Verwendung eines schuldunfähigen Verrichtungsgehilfen einzuschränken (vgl. Wieacker in JZ 57, S. 535; Stoll in JZ 58, S. 138).

Die Haftung der juristischen Person in § 46 des Entwurfs zeige "eine unabweisbare Forderung des modernen Rechtslebens". Nichts anderes dürfe für natürliche Personen gelten. Zwar könne die juristische Person ohne Organe überhaupt nicht handeln, während die natürliche Person grundsätzlich selbst Verrichtungen vornehmen könne. Vielfach sei jedoch auch sie auf die Hilfe anderer angewiesen und bediene sich derer als Organe. Dennoch blieben die Verrichtungen Unternehmen des Vertretenen und nicht des handelnden Vertreters.

Allerdings gelte diese Verantwortlichkeit nur bei echter Stellvertretung, wenn also im Gegensatz zum Gehilfen ein gewisses Maß von Selbständigkeit bestehe.

Auch sei mit dieser Vorstellung keine übermäßige Belastung von Landwirtschaft und Industrie zu fürchten, wie die Praxis des französischen, italienischen und englisch-amerikanischen Rechts zeige.

bb) Antrag 3 berücksichtige die ungeheuerere industrielle Entwicklung, vor die sich das geltende Recht gestellt sehe. Man könne die neuartigen Gefahren, die

Fortsetzung Fußnote 42)

Der sonstigen Konsequenzen, vor allem hinsichtlich der günstigeren Beweissituation des Verletzten, war man sich nicht bewußt (vgl. zur Frage des Gehilfenverschuldens die durch die Entscheidung des BGH vom 4.3.1957 (BGHZ - GS - 24, S. 21 = JZ 57, S. 543 = NJW 57, S. 785 Nr. 2 = DAR 57, S. 184 Nr. 116) entfachte Diskussion zur Lehre vom verkehrsrichtigen Verhalten (Soergel-Zeuner, § 831, Nr. 30 - 32 m.w.N.), die Verschuldenselemente in den Begriff der Widerrechtlichkeit einbezieht (siehe auch Entwurf 67 II S. 80 ff.).

die Betriebe mit sich brächten, nicht den Geschädigten wie unglücklichen Zufall tragen lassen. Wie schon aus der Tendenz der neueren sozialpolitischen Gesetzgebung ablesbar, habe auch hier das volkswirtschaftliche Prinzip zu gelten, daß jedes Gewerbe die Lasten tragen müsse, die in der Eigenart seines Betriebs lägen.

Häufigere Schäden seien nicht Zufall, sondern Besonderheit dieses Unternehmens. Nur solche Betriebe hätten eine Existenzberechtigung, die die üblicherweise anfallenden Lasten tragen könnten. Im übrigen sei es zum Teil schon Praxis, daß solche Schäden schon kalkuliert und im Preis berücksichtigt wären.

Ein wirksamer Schutz für den Geschädigten bestünde nur, wenn er sich nicht nur an den meist vermögenslosen Schädiger, sondern an den Geschäftsherrn selbst halten dürfe.

Auch würde die Erweiterung der Haftpflicht insbesondere die Unternehmer größerer gewerblicher Betriebe zu erhöhter Vorsicht bei der Auswahl der Angestellten veranlassen. Der Entwurf benachteilige den kleinen Unternehmer, der seine Angelegenheit selbst besorge, gegenüber den Geschäftsherrn großer Betriebe ⁽⁴³⁾.

43) vgl. unten, Die Entwicklung seit 1900, Fußn. 76 und S. 196.

cc) Im Antrag 5 wurde vorgebracht, man könne, wenn man schon nicht am gemeinrechtlichen Prinzip festhalte, nicht auf halbem Wege stehenbleiben, sondern müsse sich dem Code Civil mit der unbeschränkten Haftung anschließen.

Die Abgrenzung der Haftung in betriebliche Vorgänge und solche innerhalb des Hausstandes sei zweifelhaft und willkürlich ⁽⁴⁴⁾. Auch könne es nicht darauf ankommen, ob der Geschäftsherr die Belastung über den Preis auf den Verbraucher abwälzen könne oder nicht, da sich für den Beschädigten dadurch nichts ändere. Auch solle man von der Spezialgesetzgebung nicht zuviel erwarten, da sie sicher nur in ganz krassen Fällen eingreifen werde.

dd) Die Mehrheit der Kommission schloß sich den Anträgen 1 und 4 an. Ein wirkliches Bedürfnis für die Erweiterung der Haftpflicht könne man nicht finden. Die ausländische Gesetzgebung und Praxis läge dem "deutschen Rechtsbewußtsein" fern. Durch die Übertragung einer Verrichtung entstehe kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten, denn aufgetragen sei nur die Ausführung des Erlaubten. Eine Haftung des Auftraggebers rechtfertige sich nur, soweit er bei Verteilung oder Aus-

44) siehe hierzu auch unten, Die Entwicklung seit 1900, S.153, Fußn. 211.

führung des Auftrags schuldhaft gehandelt habe. Der Vertretungsgedanke sei abgesehen von praktischen Schwierigkeiten auch wegen der terminologischen Unklarheit bedenklich.

Die §§ 626, 627 wie auch § 30 des Entwurfs II seien Spezialregelungen, die man nicht verallgemeinern könne.

Es sei zwar richtig, daß derjenige, der die Vorteile eines Unternehmens genieße, auch die Schäden tragen müsse, die für Dritte daraus entstehen. Das sei jedoch wegen der vielen Besonderheiten, die dabei zu berücksichtigen wären, nur im Wege der Spezialgesetzgebung möglich. Ohne die verschiedenen versicherungsrechtlichen Folgen zu klären und zu regeln, wäre die Tragweite der verschiedenen Anträge unüberschaubar (45).

Auch werde sich die Haftung auf die Unternehmen verschieden auswirken. Während die Großunternehmen sich durch Versicherungen schützen würden, sei das bei den kleineren Betrieben und der Landwirtschaft zweifelhaft, wie die Erfahrung zeige.

Deshalb genüge es, die Beweislast umzukehren. Dadurch werde der Geschädigte gegenüber dem Entwurf besser gestellt und auch die Haftung des Geschäftsherrn richtig eingestuft.

45) Wie bedeutsam diese Frage auch noch heute ist, wird durch die Ausführungen Weitnauers auf dem Karlsruher Forum 1962, S. 3 ff. (6) deutlich, der an die Spitze seiner Betrachtungen über § 831 n.F. diese Frage an die Versicherungswirtschaft richtete.

Zusammenfassung und Hintergrund

1. In den Anträgen und ihren Begründungen finden sich in weitem Umfang Gedanken, die schon in den Verhandlungen des 17. und 18. DJT geäußert worden waren. Das Utilitaritätsargument (risque - profit) und die Assekuranztheorie bei Antrag 3, der mit der strengen Haftung auch einen gewissen schon mehrfach geäußerten Erziehungseffekt verbindet, fehlen ebenso wenig wie die rechtspolitische Überlegung, daß der kleine Unternehmer nicht schlechter stehen dürfe als der große. Freilich wird gerade letzteres Argument sowohl für ⁽⁴⁶⁾ als auch gegen ⁽⁴⁷⁾ die Haftungs-
erweiterung vorgebracht ^(48, 49).

Zwar klingt auch bei den Beratungen zum II. Entwurf wieder der Vertretungsgedanke an, wird jedoch als das bestehende terminologische System verfälschend abgelehnt.

46) Protokolle amtli. Ausgabe S. 602 (= Mugdan II, S. 1093).

47) Protokolle amtli. Ausgabe S. 603 (= Mugdan II, S. 1094).

48) Hierin zeigt sich zumindest eine gewisse Differenzierung des Problems, im Gegensatz etwa zu den Überlegungen der Reichstagskommission (über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes, Berlin 1896, S.102). Dort war eine dem französischen Recht entsprechende Regelung mit der Begründung abgelehnt worden, sie sei für Unternehmer aller Art, insbesondere Handwerker, Fuhrleute usw. unbillig.

49) Erst die spätere Entwicklung mit dem für Großunternehmen günstigen dezentralisierten Entlastungsbeweis sollte diesem Argument wirkliches Gewicht zu Gunsten einer unbeschränkten Haftung geben, eine Entwicklung, auf die aber auch schon Petersen, 18. DJT II, S. 76, hingewiesen hatte.

Das Utilitaritätsargument, dem rein betrieblichen Bereich entstammend, wird verallgemeinernd nicht mehr auf Arbeitgeber und Arbeiter beschränkt.

Die Erweiterung des Geschäftsbereichs und der damit verbundene Vorteil ist es nicht mehr allein, der gewissermaßen als Gegengewicht die Übernahme des Schadens rechtfertigen soll. Vielmehr vergrößert die Einschaltung von Gehilfen die Einflußsphäre des Geschäftsherrn allgemein und damit auch den Risikobereich, ganz egal, ob im Betrieb oder anderswo. Wer aber das allgemeine Schadensrisiko erhöht, soll, wenn es sich zum Schaden verdichtet, diesen tragen.

Diese Abstrahierung der Begriffe und Grundsätze verwundert, weil ansonsten stets von den praktischen Gegebenheiten des Betriebs und der Unternehmer her argumentiert wird. Soweit unter Gehilfen jede Hilfsperson, also auch etwa der Haushaltsgehilfe oder der Gefälligkeitsgehilfe, verstanden wird, ist daher die aus den rein betrieblichen Vorstellungen sich ergebende abstrakte Rechtsfolge, der der betriebliche Bezug fehlt, dogmatisch inkonsequent (50).

Andererseits ist der Risiko- und Gefährdungsgedanke noch zu neu und dogmatisch unbestimmt, um die individualistischen, Bewegungsfreiheit und Unternehmungsfreudigkeit favorisierenden Tendenzen zu überwinden.

50) Das ist einer der von Gierke besonders bemängelten Punkte und gilt gleichermaßen heute wieder bei dem Entwurf 67, vgl. unten S. 211 ff. in Abschnitt, Die Entwicklung seit 1900. Ramm, Bd. II, L 626) äußert den Verdacht, der Gesetzgeber habe die Interessen des Mittelstandes nur vorgeschoben.

Auffallend ist zudem, daß bei der II. Lesung auf römische Quellen überhaupt verzichtet wird. Es wird lediglich vom "deutschen Rechtsbewußtsein" gesprochen, dem die Auffassung des Code Civil von der Haftung ohne Verschulden völlig fremd sei. Die alte Streitfrage, ob die römisch-rechtlichen Quellen für oder gegen eine Haftungserweiterung sprächen, wurde nicht mehr aufgenommen. Auch die Gegner des Entwurfs lehnen eine Untersuchung der römischen Quellen als unnötig ab, da das bestehende Recht zum Problem einen eindeutigen Standpunkt beziehe (51).

2. Aus dem auch in den Anträgen zum Ausdruck kommenden Spannungsverhältnis zwischen den wirtschaftlichen Bedürfnissen und dem Dogma der Verschuldenshaftung schien die Umkehrung der Beweislast der rechte Kompro-
miß (52). Damit setzt sich der - auf Anregung von Enneccerus vom 18. DJT einstimmig befürwortete - Eventualantrag Petersens durch und übernimmt die Regelung, wie sie schon im Schweizer Obligationenrecht von 1881 (Art. 61 und 62) und im Badischen Recht besteht, ohne daß man sich weitere Gedanken über die

51) Protokolle, amtli. Ausgabe II S. 2778 (= Mugdan II, S. 1092).

52) Diese Regelung hatte schon von Gierke gefordert. Nachdem die im 10. Abschnitt des 1. Entwurfes in den §§ 193-197 aufgestellten allgemeinen Beweislastregeln gestrichen waren, zeigte sich im 2. Entwurf ohnehin eine gewisse Bereitschaft, in Sonderfällen zu Beweislastregeln zu greifen (vgl. auch BGB § 827 letzter HS).

Tragweite und Folgen dieser Regelung gemacht hätte ⁽⁵³⁾.

Es war zudem weniger ein speziell für die Gehilfenhaftung gefundener Gedanke. Man sah darin nur die Konsequenz der schon zu §§ 708 Satz 2 und 710 Abs. 2 des Entwurfs gefaßten Beschlüsse (jetzt §§ 827 und 832 BGB).

Schon bei den Verhandlungen zu § 704 des Entwurfs (jetzt § 823 BGB) hatte man sich allgemein für das Verschuldensprinzip entschieden ⁽⁵⁴⁾. Man könne sich insbesondere nicht auf das ältere deutsche Recht berufen. Das dort herrschende Veranlassungsprinzip sei keine deutsche Besonderheit, sondern finde sich "in allen Rechten niederer Kulturstufen, bei denen der Schuldbegriff noch nicht ausgebildet und der Unterschied zwischen der verschuldeten und

53) Man stand offensichtlich so sehr unter dem Eindruck des "Alles oder Nichts" der Haftung ohne oder mit Verschulden, daß man die neue Regelung nur an diesem Prinzip maß. Nicht zuletzt deshalb dauerte es ziemlich lange, bis man die Unzulänglichkeiten bemerkte, die allein aus dieser Kompromißlösung resultierten; erstmals wohl Brodmann in Iher. Jahrb. 58 (1910), S. 187 (193); zuletzt Referentenentwurf 1967, II S. 94.

54) Protokolle, amtli. Ausgabe II, S. 2713 (= Mugdan II, S. 1074).

nicht verschuldeten Schadenszufügung noch nicht erfaßt sei (55).

Das Verschuldensprinzip sei "das Ergebnis einer höheren Kulturentwicklung". Die Bewegungsfreiheit des einzelnen werde bei Zugrundelegung eines anderen Prinzips zu sehr eingeschränkt. Die aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit gemachten Ausnahmen würden an der grundsätzlichen Gültigkeit dieses Prinzips nichts ändern (56).

Entsprechend wurde das Verschuldensprinzip entgegen einigen weitergehenden Anträgen auch nur zugunsten der Billigkeitshaftung (jetzt § 829 BGB) durchbrochen (57).

Selbst die zunehmende Einsicht, daß eine allein an die Willensbewertung gebundene Schadensverteilung

55) Das ist ein vor allem im Strafrecht gebräuchlicher Hinweis auf die Anfänge des Verschuldens (vgl. dazu auch die Rechtssprichwörter bei Graf und Dietherr, Rechtssprichwörter S. 276, 292, 297 f. und Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 2. Aufl. S. 34: "Selbe toete selbe habe. Wer Schaden tut muß Schaden bessern. Die Tat tötet den Mann, Le fait juge l'homme.

56) Die Billigkeitshaftung Unzurechnungsfähiger in § 829 BGB tut dennoch als "außerjuristisches Zugeständnis an die Billigkeit dem Verschuldensdogma keinen Abbruch", Esser, Gefährdungshaftung, S. 60.

57) Protokolle, amtli. Ausgabe II, S. 569 (= Mugdan II, S. 1086).

die Schadensrisiken ungerecht verteile, hinderte also nicht daran, weiterhin das Verschuldensprinzip auch bei der Frage der Gehilfenhaftung als unumstößliches Dogma zu bewahren.

3. Nicht minder von Bedeutung - will man die Zusammenhänge erfassen, in die das Haftungsrecht einfließt - erweist sich das damalige Verständnis zum Verhältnis Staat - Wirtschaft - Individuum. Der von Gierke immer wieder angeprangerte Individualismus des 19. Jahrhunderts ist nur aus den Grundprinzipien der klassischen Nationalökonomie heraus verständlich, wonach der Profit des einzelnen zugleich der Allgemeinheit nutzt bzw. die Interessen des einzelnen und die Interessen der Bevölkerung als ganzes miteinander harmonisieren.

Zugleich entsprach es der Vorstellung vom liberalen Rechtsstaat, daß allgemeine Wohlfahrt und "Privatglückseligkeit" gesetzmäßige und natürliche Folge einer freiheitlich handelnden Gesellschaft seien, in die einzugreifen nur der Sicherheit und Ordnung wegen ⁽⁵⁸⁾ erlaubt sei; ansonsten habe man nur die freie Tätigkeit der Bürger gegeneinander abzugrenzen.

58) im Sinn des § 10 Teil II Tit. 17 ALR.

Es lag also auch von dieser Sicht her dem Gesetzgeber fern, sozialgestaltend in den Wirtschaftsablauf einzugreifen oder gar eine Risiko- und Schadensverteilung zugunsten des sozial Schwächeren vorzunehmen, solange der Freiheitsraum des einzelnen nicht über Gebühr bedroht war.

"in Rechtslehre und Rechtsprechung ohne jede Einschränkung allgemeine Anerkennung gefunden" (1a), so ist das bedingt richtig im Hinblick auf den Haftungsumfang, die Rechtsfolge. Nicht kommen dadurch jedoch die Meinungsverschiedenheiten zum Ausdruck, die es von Beginn an (2) und noch heute hinsichtlich des Inhalts und der Grenzen dieser Regelung gab und gibt (3).

1. Erste Zweifel

Lediglich Strohal wendet sich schon 1894⁽⁴⁾ gegen das bei der vertraglichen Gehilfenhaftung zum Ausdruck kommende Zurechnungsprinzip und zweifelt an der grundsätzlichen Richtigkeit der Bestimmung⁽⁵⁾. Er greift den nicht mehr neuen Sphärengedanken auf, will also den Schuldner für alle Personen haften lassen, "welchen er den Zugang zum (Vertrags-) Objekt eröffnet hat" (6).

1a) Zilken, S. 9

2) vgl. Brodmann, JherJb 58 (1910), S. 187 ff. m.w.N.

3) auf eine eingehende Darstellung des Streitstandes wird verzichtet. Vgl. insoweit zur neueren Literatur Esser, SchuldR I, § 39; Larenz, SchuldR I § 20 VIII; Fikentscher, § 54 und die Kommentarliteratur zu § 278. Zudem Schmidt, AcP 170, S. 502 ff.; Granitza, Erfüllungsgehilfen- und Repräsentantenhaftung, Diss, Frankf. 1968

Nur wenn sich rechtsgeschichtliche Strömungen feststellen lassen, oder soweit es darum geht, Verbindungslinien von § 278 zu § 831 aufzuzeigen, wird im folgenden zu Auslegungsfragen Stellung genommen.

4) JherJb 33, S. 373 f.

5) Nach Max Rümelin, aaO S. 58, sollte es genügen, wenn die Erfüllung der Obligation Anlaß zu einer Beschädigung des Gläubigers oder Dritter gewesen sei, während Endemann, S. 501 Anm. 17, § 278 nach dem Vorbild des Art. 1384 CC verstanden wissen wollte. Beide Autoren versuchten dieses Ergebnis aber im Wege der Auslegung zu erreichen, während Strohal grundsätzliche Bedenken gegenüber § 278 hatte.

6) aaO S. 375

Er erweitert damit den Kreis der "Gehilfen" und macht auch nicht mehr die Haftung von deren Verschulden abhängig ⁽⁷⁾.

2. Die Ausdehnung von § 278 BGB.

Schon unmittelbar nach Abschluß der Gesetzgebungsarbeiten zum BGB werden auch die ersten umfassenden Arbeiten zur vertraglichen Gehilfenhaftung veröffentlicht ⁽⁸⁾. Dabei geht es vornehmlich darum, das neue Haftungsrecht zunächst einmal in den Griff zu bekommen. Die Arbeiten beschränken sich weitgehend auf die Interpretation von § 278.

- a) Hatte schon der Gesetzgeber festgestellt, daß die Haftung nach § 278 sich nicht nur auf Verträge, sondern auf jede bereits bestehende Verbindlichkeit bezieht ⁽⁹⁾, gleichgültig also, ob sie vertraglicher oder gesetzlicher Natur ist und unabhängig auch von

7) Für eine grundsätzliche Revision des gegenwärtigen Zurechnungsprinzips u.a. im Anschluß an diesen Gedanken, A. Blomeyer, SchuldR, § 25 VI.

Mit Strohals Einwendungen reißen die Diskussionen über die Auslegung des § 278 auch weiterhin nicht ab.

8) Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896; Nußbaum, Arthur, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB, 1898

Brückner, Die Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, DR 1901, S. 299 ff, 338 ff, 373 ff; Schütz, Die Haftung für Verschulden von Gehilfen, 1901; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902; Feder, Die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902;

9) Motive amtliche Ausgabe II S. 29 = Mugdan II, S. 16

ihrem Inhalt (zum Beispiel die Verpflichtung zum Unterlassen), so entzog sich dennoch der Begriff der "Verbindlichkeit" einer klaren Erfassung. Während Nußbaums Verständnis dieses Tatbestandmerkmals übereinstimmend als zu eng angesehen wurde ⁽¹⁰⁾, war man sich andererseits nicht darüber klar, wie weit man diesen Begriff ausdehnen sollte.

Frühzeitig wurde erkannt ⁽¹¹⁾, daß darunter auch die Pflichten aus der Aufnahme von Vertragsverhältnissen ⁽¹²⁾ fallen, die seit Jherings bekannter Abhandlung ⁽¹³⁾ ein fester Bestandteil des Rechtslebens waren.

Desgleichen war herrschende Auffassung, daß sowohl die aus § 823 BGB sich ergebende "allgemeine" Unterlassungspflicht des "neminem laedere" wie auch die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten keine Verbind-

10) Seine Aufteilung in "echte und unechte" Verbindlichkeiten, aaO S. 60, wurde durchweg abgelehnt, Oertmann zu § 278; v. Thur DJZ 4, S. 353; Schütz S. 24 ff.

11) vgl. das berühmte Urteil v. 7.12.1911, RGZ 78, S. 240: "Linoleumrollenfall", und die Nachweise bei Staudinger-Werner § 278 Anm. 6; a.A. noch RGZ 61, S. 207 f. und Feder, S. 27

12) Der Streit, wann diese vorvertraglichen Pflichten entstehen, ob etwa für die Annahme dieses Instituts zumindest der Wille, einen Vertrag zu schließen, geäußert sein müsse, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden, auch wenn er zuweilen als Voraussetzung für die Anwendbarkeit eine Rolle spielte; siehe dazu Larenz, MDR 1954, S. 518.

13) JherJB 4 (1861), S. 1 ff.

lichkeit im Sinne des § 278 BGB erzeugen ⁽¹⁴⁾. Lediglich Esser ⁽¹⁵⁾ glaubt eine Tendenz in der Rechtsprechung zu bemerken, "vordeliktische Verkehrssorgfaltspflichten als etwas Verbindlichkeitsähnliches zur Anwendung des § 278 heranzuziehen", weil hierfür zumindest ein bestimmtes vertragsähnliches Verhältnis ⁽¹⁶⁾ oder doch eine Verpflichtung gegenüber bestimmten Personen ⁽¹⁷⁾ erforderlich sei.

Unklar ist hingegen, ob der von Dölle ⁽¹⁸⁾ entwickelte "soziale Kontakt" als derartige Verbindlichkeit angesehen werden kann ⁽¹⁹⁾, ebenso wie auch das "Verschulden gegen sich selbst", das "Gebot des eigenen Interesses" ⁽²⁰⁾ oder sonstige Obliegenheiten.

Bei der Obliegenheit des § 254 Abs. 1 hat die herrschende Lehre, anders als die Rechtsprechung, eine durch Gehilfen verschuldete Verletzung "eigener Interessen" anerkannt ⁽²¹⁾. Der Referentenentwurf 1967 ⁽²²⁾

14) ständige Rspr., RGZ 62, S. 346; 75, S. 257; 77, S. 211; 79, S. 319; 99, S. 263; 113, S. 293; Esser aaO § 39 II 1.

15) JZ 1952, S. 259

16) RGZ 65, S. 117; Warn. 1915, Nr. 76-

17) RGZ 102, S. 8

18) ZGesStW 103, S. 67 ff

19) Larenz MDR 1954, S. 517

20) Esser, SchuldR I, § 39 II 2 f.

21) Zum Problem schon Ostwald, LZ 17 (1923), S. 516 ff.; in der neueren Literatur Larenz aaO § 31 I d und die umfassenden Nachweise bei Nastelski in RGRK § 254 Anm. 59 und Staudinger-Werner § 278 Anm. 34; a.A. Eike Schmidt, AcP 170, S. 504 und neuerdings Esser § 47 VI 2; vgl. denselben Verfasser in JZ 1952, S. 237, wo er betont, daß die Schwierigkeit dieser Frage "nicht in § 254 Abs. 1 liegt, sondern in der noch unklaren Tragweite des § 278."

22) Art. 1 Nr. 1

sucht die Meinungsverschiedenheiten durch Hinzufügung zweier weiterer Absätze im Sinne der Lehre ⁽²³⁾ zu klären, ohne damit freilich die dogmatischen Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 278 auf § 254 zu lösen oder zu beseitigen.

Anders als bei § 254 Abs. 1 lehnt die ganz überwiegende Meinung ⁽²⁴⁾ bei den Obliegenheiten im Versicherungsrecht ⁽²⁵⁾ eine Anwendung des § 278 BGB ab ⁽²⁶⁾. Freilich führt die Haftung für den Repräsentanten ⁽²⁷⁾, wie sie von der Rechtsprechung im Versicherungsrecht praktiziert wird, zum gleichen Ergebnis wie die Haftung für den Erfüllungsgehilfen ⁽²⁸⁾.

- b) Wenn für den Fall der unerlaubten Handlungen geklärt ist, daß ein für § 278 relevantes Schuldverhältnis erst nach tatbestandlicher Verwirklichung des § 823 vorhanden ist, so heißt das noch nicht, daß stets nur solche Gehilfenhandlungen dem Schuldner zugerechnet werden können, die erst nach Entstehen der Obligation vorgenommen wurden. Ein Bedürfnis, auch schon vorher

23) Begründung zum Entwurf 67 II, S. 16 - 28

24) Nachweise bei Bruch - Möller, § 6 Anm. 74; a.A. Prölss, § 6 Anm. 7 und Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 290

25) Zum Begriff, Reimer Schmidt aaO; Bruch - Möller aaO § 6

26) Zur Begründung Granitza, S. 31 ff.

27) Zum Begriff, BGHZ, VersR 65, S. 149 (150); OLG Hamburg, VersR 69, S. 558 n.w.N.

28) Granitza, S. 135

verwirklichtes Handeln Dritter in den erst entstehenden Vertrag mit einzubeziehen, wurde insbesondere bei den Verträgen anerkannt, die auf die Herstellung eines Leistungsobjektes gerichtet sind, wenn die Herstellung - zumindest teilweise - schon vor Vertragsschluß erfolgte ⁽²⁹⁾.

Dabei handelt es sich freilich nicht um ein Zurechnungsproblem, auch wenn es stets bei § 278 diskutiert wird. Entscheidend ist allein, ob sich die durch den Vertragsabschluß in Richtung gegenüber dem Käufer ergebende Sorgfaltspflicht des Verkäufers auch auf "die Ausübung der Funktion als Warenhersteller" ⁽³⁰⁾ erstreckt. Wenn man den Käufer nicht gänzlich schutzlos stellen will, ist das zu bejahen. Ist aber der Verkäufer (= Warenhersteller) auch für vor dem Vertragsschluß liegendes eigenes Verhalten (bei der Herstellung) verantwortlich, so ist ihm gleichermaßen nach § 278 das Gehilfenverschulden zuzurechnen. "Denn der Schuldner haftet nach § 278 so, wie er selbst für die gleiche Handlung bei eigener Ausführung den Gläubigern verantwortlich wäre" ⁽³¹⁾

Unklar wird es allerdings, wenn man - wie Esser ⁽³²⁾ - diese Frage bei der Produzentenhaftung stellt. Die Anwendung des § 278 auf das Verschulden des Produzenten, von dem der Verkäufer seine Ware bezieht, wird nicht deshalb abgelehnt, weil "ein Schuldverhältnis (Verkäufer - Käufer) im Zeitpunkt des Lieferantenverschuldens nicht

29) Esser, § 39 I; Eike Schmidt AcP 170, S. 504; Müller AcP 165, S. 314 ff.; dagegen wohl Westermann JuS 1961, S. 341.

30) Müller, aaO S. 311 FuBn. 119, S. 315

31) Müller aaO

32) SchuldR I § 39 I 4

bestanden habe" ⁽³³⁾, sondern deshalb, weil der Produzent hinsichtlich der Prüfungspflicht des Verkäufers nicht Erfüllungsgehilfe ist ⁽³⁴⁾.

- c) Zu dieser Entwicklung, die Zurechnungsnorm des § 278 ausdehnend anzuwenden, kam sehr bald das Bestreben der Rechtsprechung wie der Literatur, dem Geschäftsherrn den Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 Satz 2 abzuschneiden, was zum Teil durch die Konstruktion vertragsähnlicher Beziehungen zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn geschah, um so die günstigere Zurechnungsnorm des § 278 anwenden zu können ⁽³⁵⁾.
- d) Es galt seit den Diskussionen auf dem 17. und 18. DJT zunächst als unbestrittene Voraussetzung der Gehilfenhaftung (vertraglich wie deliktisch), daß die Schädigung "in Erfüllung der Verbindlichkeit" bzw. "in Ausführung der Verrichtung" und nicht nur "bei Gelegenheit" erfolgt sein mußte.

Diese schon von Rümelin als fraglich hingestellte und auch von Heck ⁽³⁶⁾ grundsätzlich angezweifelte Unterscheidung, ist in jüngerer Zeit erneut von Reimer Schmidt ⁽³⁷⁾ kritisiert worden. Sie sei wohl früher berechtigt gewesen, "widerspreche jedoch im Ergebnis der von der Schuldrechtslehre entwickelten Erweiterung der gegenseitigen Schutz- und Erhaltungspflichten". Auch wenn die Schädigung keine Erfüllungshandlung sei, so

33) Esser ebenda

34) so jetzt auch Esser aaO § 39 VI 3 a im Gegensatz zur Voraufgabe § 58 2 c

35) Seiler JZ 1967, S. 525; Esser § 110 I 1 c; Larenz § 20 VIII

36) SchuldR § 27, 7

37) Bei Soergel § 278 Anm. 5

habe der Gehilfe die Möglichkeit dazu erst durch den Vertrag erhalten ⁽³⁸⁾.

Eine Reaktion der Rechtsprechung ist hierauf noch nicht erfolgt. Auch der Referentenentwurf schneidet diese Frage nicht an, obwohl sie auch für § 831 von Bedeutung ist. Es dürfte wohl einer umfassenden Schadensneuordnung überlassen bleiben, hier Veränderung zu bringen. Der Satz Rümelins aus dem Jahre 1896 ⁽³⁹⁾ gilt in diesem Zusammenhang noch immer: "Die Entwicklung wird notwendig über den derzeit vom BGB eingenommenen Standpunkt hinausdrängen".

Will man die Anregung Schmidts aufnehmen, so zeigt sich für die Gehilfenhaftung eine eigenartige Entwicklung: Im Vertragsrecht wurden die Schutz- und Erhaltungspflichten nicht zuletzt deshalb geschaffen, um dem geschädigten Vertragspartner die günstigere Norm des § 278 zukommen zu lassen ⁽⁴⁰⁾ und ihn nicht auf § 831 verweisen zu müssen. Diese vertraglichen Nebenpflichten werden nun jedoch ihrerseits als wesentliches Argument für die Ausdehnung der Gehilfenhaftung verwendet.

3. Zusammenfassung

Dieser zwangsläufig knappe Überblick zeigt schon, daß die vertragliche Gehilfenhaftung, entgegen dem anfänglichen Eindruck, durch Lehre und Praxis eine Reihe von Veränderungen erfuhr. Insbesondere zeigte sich, daß eine eindeutige Trennung der Risikosphären und das den Vätern des BGB

38) ähnlich Eike Schmidt, AcP 170, S. 509 ff., der eine Risikoverteilung vornimmt und das "Einschaltungsrisiko" dem Schuldner aufbürdet (S. 510); a.A. Pleyer, AcP 161, S. 514, FuBn. 46

39) aaO S. 89

40) Esser § 52 II (S. 372)

vorschwebende Prinzip eines strikten "entweder - oder" in diesem Bereich immer fraglicher wird ⁽⁴¹⁾. Daher kann § 278 BGB in seinem gegenwärtigen Verständnis wohl kaum als endgültiges Maß für die vertragliche Gehilfenhaftung angesehen werden. Freilich wird eine Änderung an dem Grundsatz der Haftung für das Verhalten eines Dritten festhalten. Immerhin werden aber Umfang und Modalitäten dieser Haftung den aus der bisherigen Regelung gewonnenen Erkenntnissen Rechnung tragen müssen.

Zu § 831 BGB

1. Ungleich stürmischer und wechselvoller als bei § 278 war die Entwicklung bei der deliktischen Gehilfenhaftung. War § 831 erst nach langer Diskussion mit manchen Bedenken und als Kompromißlösung aus den Gesetzesberatungen hervorgegangen ⁽⁴²⁾, so verstärkte sich schon in den ersten Jahren seiner Geltung das Bedürfnis, in verschiedenen Bereichen dem Geschäftsherrn den Entlastungsbeweis zu nehmen. Verfolgt man diese Entwicklung an Hand der Rechtsprechung und der Literatur mit ihren verschiedenartigen Konstruktionen, insbesondere "die zunehmende Annäherung der allgemeinen Deliktshaftung an den gesteigerten vertraglichen Verantwortungskreis" ⁽⁴³⁾, so fällt auf, daß die Zurechnungsnorm des §831 oftmals gerade in den Fällen als unbillig empfunden wurde, die schon bei Schaffung der delik-

41) vgl. Eike Schmidt aaO, S. 513

42) siehe oben, Die Gesetzgebungsarbeiten, S. 151 ff.

43) Wieacker, Festschrift, S. 11

habe der Gehilfe die Möglichkeit dazu erst durch den Vertrag erhalten (38).

Eine Reaktion der Rechtsprechung ist hierauf noch nicht erfolgt. Auch der Referentenentwurf schneidet diese Frage nicht an, obwohl sie auch für § 831 von Bedeutung ist. Es dürfte wohl einer umfassenden Schadensneuordnung überlassen bleiben, hier Veränderung zu bringen. Der Satz Rümelins aus dem Jahre 1896 (39) gilt in diesem Zusammenhang noch immer: "Die Entwicklung wird notwendig über den derzeit vom BGB eingenommenen Standpunkt hinausdrängen".

Will man die Anregung Schmidts aufnehmen, so zeigt sich für die Gehilfenhaftung eine eigenartige Entwicklung: Im Vertragsrecht wurden die Schutz- und Erhaltungspflichten nicht zuletzt deshalb geschaffen, um dem geschädigten Vertragspartner die günstigere Norm des § 278 zukommen zu lassen (40) und ihn nicht auf § 831 verweisen zu müssen. Diese vertraglichen Nebenpflichten werden nun jedoch ihrerseits als wesentliches Argument für die Ausdehnung der Gehilfenhaftung verwendet.

3. Zusammenfassung

Dieser zwangsläufig knappe Überblick zeigt schon, daß die vertragliche Gehilfenhaftung, entgegen dem anfänglichen Eindruck, durch Lehre und Praxis eine Reihe von Veränderungen erfuhr. Insbesondere zeigte sich, daß eine eindeutige Trennung der Risikosphären und das den Vätern des BGB

38) ähnlich Eike Schmidt, AcP 170, S. 509 ff., der eine Risikoverteilung vornimmt und das "Einschaltungsrisiko" dem Schuldner aufbürdet (S. 510); a.A. Pleyer, AcP 161, S. 514, Fußn. 46

39) aaO S. 89

40) Esser § 52 II (S. 372)

- a) Zu einem ersten Reformvorschlag führten die Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht ⁽⁴⁶⁾ zur Gehilfenhaftung. Hedemann bezeichnete in seinem Vorwort das Schadensersatzrecht als eine der wichtigsten Materien und hebt als eines ihrer vier Grundelemente ⁽⁴⁷⁾ das Entstehen für die sogenannten Verrichtungsgehilfen hervor.

Löning liefert den Beitrag zur Gehilfenhaftung. Er stellt besonders die planmäßige Aushöhlung des § 831 Abs. 1 Satz 2 als Reaktion auf die Rechtsprechung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis heraus ⁽⁴⁸⁾, vernachlässigt indessen die sonstigen von der Rechtsprechung ergriffenen Umgehungsversuche ⁽⁴⁹⁾.

Der Ausschuß beschränkte sich daher bei seiner Neufassung auf den Versuch, die durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis entstandenen Probleme zu beseitigen. Andere in Erwägung gezogene Lösungen wurden sofort wieder verworfen ⁽⁵⁰⁾.

§ 8 der deutschen Schadensordnung sollte lauten:

"(I) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten rechtswidrig zufügt.

46) Erster Arbeitsbericht des Unterausschusses für Schadensersatzrecht, in Gemeinschaft mit J. W. Hedemann, G. Löning, R. Reinhardt und E. Wahl, vorgelegt von H.C. Nipperdey - Arbeitsberichte der Akademie für deutsches Recht Nr. 14, München/Berlin 1940

47) unter anderem neben dem Verschuldensprinzip

48) aaO S. 50, 53, 55

49) vgl. Esser, AcP 148, S. 138

50) Insbesondere eine Angleichung des § 831 an § 278 wurde wegen der unbilligen Beweis- und Risikobelastung des Verletzten abgelehnt; aaO S. 59

(II) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr nachweist, daß den Verrichtungsgehilfen kein Verschulden trifft. Es bleibt jedoch auch in diesem Falle bei der Ersatzpflicht des Geschäftsherrn, wenn er nicht außerdem nachweist, daß er bei der Auswahl und bei der Beaufsichtigung des Gehilfen sowie bei der ihm etwa obliegenden Beschaffung von Gerätschaften und dergleichen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. Hat der Geschäftsherr aus zwingenden Gründen, namentlich wegen des Umfangs des Betriebes, den Gehilfen nicht selbst ausgewählt und beaufsichtigt oder die Gerätschaften nicht selbst beschafft, so befreit ihn von der Ersatzpflicht nur der Nachweis, daß die mit der Auswahl und Beaufsichtigung oder der Beschaffung der Gerätschaften betrauten Personen hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.

(III) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, der für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz II, Satz 2, bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt."

Damit zwingt der Entwurf den Geschäftsherrn zu einem weiteren Entlastungsbeweis, was besonders erstaunt, da schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts gerade mit dem bisherigen Entlastungsbeweis erhebliche Schwierigkeiten gehabt hatte.

Esser hat die Vorschläge mit einer scharfen Kritik bedacht und Ansatzpunkte einer Neufassung aufgezeigt ⁽⁵¹⁾. Es verwundert daher nicht, daß der Reformvorschlag des Ausschusses später nicht mehr aufgegriffen wurde ⁽⁵²⁾. Der Referentenentwurf 1967 hat ihn nicht einmal mehr erwähnt.

51) AcP 148, S. 137 ff.

52) Hinzukommen dürfte auch das allgemeine Mißtrauen nach 1945 gegen Gesetzesvorschläge jener Zeit.

b) In den 50er Jahren wurden erneut Reformarbeiten in Angriff genommen, die 1958 zu einem ersten als interne Diskussionsgrundlage dienenden Entwurf führten. Die Arbeiten hierzu wurden 1967 schließlich abgeschlossen. Daß es sich bei der Einschätzung der Haftungsfragen nicht nur um eine rein juristische, sondern auch um eine die Öffentlichkeit allgemein angehende Frage handelt, zeigt eine kleine Anfrage aus dieser Zeit (53). In ihrer Antwort (54) weist die Bundesregierung auf die Notwendigkeit hin, zu überprüfen, ob das Haftungsrecht, insbesondere im Hinblick auf die Haftung für Hilfspersonen "den heutigen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen gerecht wird".

3. Die Mängel, die sich in der Praxis bei der Anwendung des § 831 gezeigt haben, lassen sich im wesentlichen folgendermaßen zusammenfassen (55).

a) Die Schadenssituation stellt sich für den Verletzten recht unterschiedlich dar, je nachdem ob der Schädiger selbst oder nur sein Verrichtungsgehilfe die unerlaubte Handlung begangen hat. Muß dem Schädiger im ersten Fall sein Verschulden nachgewiesen werden, verschiebt sich der Prozeßgegenstand im zweiten Fall völlig (56), wenn - wie meist - der Verletzte Zugriff nehmen will auf den Geschäftsherrn. Jetzt geht es nämlich nicht mehr um die schuldhaft Herbeiführung des Schadens, sondern allein um die Zuverlässigkeit

53) BT - Drucksache IV/1469 aus dem Jahre 1963

54) BT - Drucksache IV/1479

55) vgl. i.e. die ausführliche Darstellung bei Erdsiek, Karlsruher Forum 1960, S. 3 ff. und JurJb 8 (1967/68), S. 36 (38); v. Caemmerer DJT - Festschrift, S. 120 ff.; Entwurf 67 II, S. 94 ff.

56) so insbesondere Hauss LM Nr. 2 zu § 831 BGB (E); ebenso v. Caemmerer aaO, S. 124

und Eignung (57) des Gehilfen (58) und um die ausreichende Aufsichtsführung des Geschäftsherrn, die von diesem zu beweisen sind. Der konkrete Schadensfall tritt demgegenüber ganz zurück (59). Gerade in größeren Betrieben bleiben die Beweisforderungen an den Geschäftsherrn in Schadensfällen aller Art weitgehend dieselben wegen des durchgegliederten Verwaltungsaufbaues (60) und nicht zuletzt wegen der Zulässigkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises (61). Er kann sich also regelmäßig entlasten. Zumindest aber ist das Prozeßrisiko für den Verletzten zu hoch (62).

-
- 57) Da der Nachweis der sorgfältigen Auswahl für den Zeitpunkt der schädigenden Handlung zu erbringen ist, werden Tatsachen umso unwichtiger, je weiter sie zurückliegen, Medicus § 30 V 2; Helm, AcP 166, 395 kritisiert insoweit die Argumentation des Entwurfs 67.
- 58) Aufsoziale Bedenken hiergegen wird vor allem im Entwurf 67 II, S. 95 hingewiesen. Man werde dadurch einmal gezwungen, das Vorleben des Gehilfen zu erforschen. Habe sich der Gehilfe aber mal unzuverlässig gezeigt, so werde er dadurch auch in der Zukunft erheblich belastet, da jeder Arbeitgeber allein deshalb Gefahr läuft, für eventuelle Schädigungen zu haften; zu den Einschränkungen hierzu vgl. die vorige Fußn.
- 59) Das führt dazu, daß trotz Nachweis des Gehilfenverschuldens der Geschäftsherr in einem Fall nicht haftet, weil er sich exkulpieren konnte, während andererseits, wenn der Entlastungsbeweis mißlingt, der Geschäftsherr haftet, auch wenn sein Verschulden oder das seines Gehilfen völlig offen ist.
- 60) Zu dieser Bevorzugung auch schon Petersen, 18. DJT II, S. 76; ebenso die Begründung des Antrags 3 zu §§ 711 des Entwurfs 1. Lesung, vgl. oben die Gesetzgebungsarbeiten S. 167 ff.
- 61) Hierzu i.e. unten
- 62) Das Argument, der Verletzte sei kaum in der Lage wie vorher die Aussichten eines Prozesses zu übersehen, ist allein darin begründet, daß das Beweis-thema vom eigentlichen Schadensfall in die Einfluß-sphäre des Geschäftsherrn verlegt wird.

b) Am anschaulichsten zeigt sich jedoch die mangelnde Bewährung des § 831 in dem Bemühen der Rechtspraxis, seine Folgen - sei es aus sozialen Gesichtspunkten oder weil die Ergebnisse ansonsten mit dem Rechtsgefühl nicht vereinbar scheinen - mit teilweise recht fraglichen Hilfsmitteln, unter Zuhilfenahme gewagter und dogmatisch bedenklicher Konstruktionen zu umgehen ⁽⁶³⁾ und schwerwiegende Eingriffe in das Schuldrecht vorzunehmen, die nur ihres wünschenswerten Zweckes wegen ⁽⁶⁴⁾ gebilligt wurden.

c) Schwierigkeiten bereitet § 831 aber auch hinsichtlich seiner dogmatischen Einordnung ⁽⁶⁵⁾. Man ist sich nur insofern praktisch einig, daß es sich dabei um eine "echte Verschuldenshaftung" ⁽⁶⁶⁾ handelt. Ob jedoch § 831 einen eigenen Deliktstypus darstellt oder nicht, ist ebenso umstritten ⁽⁶⁷⁾ wie die Frage, ob den Geschäftsherrn hierbei eine Garantiepflicht trifft oder ob er als mittelbarer Täter anzusehen ist ⁽⁶⁸⁾.

63) Der Entwurf 67 stellt daher auf S. 11 fest: "Von einer Rechtsvorschrift, deren Grundgedanke in der praktischen Rechtsanwendung verneint wird, soweit sich eine Möglichkeit dazu bietet, muß gesagt werden, daß sie sich nicht bewährt hat."

64) E. Schmidt, Nachwort, S. 153, hält hierfür den "Einsatz des Obligationsmechanismus" sogar für formal und materiell begründet.

65) Baur, Karlsruher Forum 1962, S. 14, hält das hierzu vorliegende Ergebnis der Rechtslehre für "bestürzend".

66) Esser SchuldR II, § 110 I 1

67) vgl., auch zum folgenden, die Nachweise bei Baur, aaO

68) Allerdings sollte hierbei berücksichtigt werden, daß die Probleme der dogmatischen Einordnung grundsätzlich noch kein negatives Urteil über die Qualität einer Bestimmung indizieren; im übrigen zeigen sich auch bei § 831 n.F. ähnliche Schwierigkeiten, Baur aaO, S. 15 f.; Helm, AcP 166, S. 389 ff (405 ff.).

4. Man versuchte im wesentlichen auf zwei Wegen, die mißlichen Folgen des Entlastungsbeweises zu beseitigen. Einmal erweiterte man den allgemeinen Pflichtenkreis des Geschäftsherrn im Rahmen des § 823, in dem man zu den hinsichtlich der einzelnen Tätigkeiten des Gehilfen bestehenden Aufsichtspflichten aus § 831 eine allgemeine Aufsichtspflicht hinsichtlich der Erfüllung der allgemeinen Verkehrspflichten durch Gehilfen hinzufügte.

Mußte die Rechtslehre bei größeren Betrieben eine Aufgaben- und Pflichtenübertragung zugestehen, so half man sich gerade dabei mit der Organisationspflicht, einer Sonderform der in § 823 von der Rechtssprechung gefundenen Aufsichtspflicht (69).

Zum zweiten aber konstruierte man Sonderverbindungen oder veränderte die Vertragsstruktur, insbesondere durch die Ausbildung vertraglicher Nebenpflichten, durch die Einbeziehung anderer Berechtigter in den Vertrag und das Verschulden bei Vertragsschluß, mit dem vorrangigen Bedürfnis, die gegenüber der deliktischen Haftung strengere Einstandspflicht nach § 278 zu erreichen (70).

69) Medicus, § 25 IV

70) Die weiteren Besonderheiten der vertraglichen gegenüber der deliktischen Haftung, etwa die Einbeziehung auch des Vermögens als solchen in den Kreis der geschützten Rechtsgüter und die Statuierung "besonderer" Rechtspflichten, haben demgegenüber nachgeordnete Bedeutung.

Die Ausweitung der Auswahl- und Aufsichtspflichten bei § 831.

1. Die Bemühungen, die Auswahl- und Aufsichtspflichten ⁽⁷¹⁾ entsprechend auszuweiten ⁽⁷²⁾, konnten das Problem, das sich aus der für die Rechtslehre zu einfachen Entlastungsmöglichkeit ergab, nur zu einem geringen Teil lösen, weil sich die betroffenen Geschäftsherren sehr bald auf die veränderte Rechtslage einstellten, es also offenbar wurde, daß die Pflichtenerweiterung neben der vorgegebenen eine weitere Lücke schließen sollte. Die zudem im einzelnen der Rechtsprechung sich stellenden sehr unterschiedlichen Fallsituationen zeigten, daß selbst mit aller dem Geschäftsherrn abzuverlangenden Sorgfalt das Gehilfenverschulden unzureichend erfaßt blieb.

71) Die Praxis hatte ihre unmittelbar am Wortlaut hängende Rspr. schon bald aufgegeben [RGZ 78, S. 128, S. 149 (153); 142, S. 356 (361); BGHZ 8, S. 239 (243); vgl. hierzu auch den vom RGZ 87, S. 1 (4); 128, S. 149 (153) aufgestellten Grundsatz, "daß nur ein wohlbeaufsichtigtes Personal als ein wohlausgewähltes gelten darf". Im Schrifttum Soergel - Zeuner § 831 Anm. 26; Helm AcP, 166 S. 392 ff.; Enneccerus-Lehmann, S. 392. Man erreichte dieses Ergebnis auch dadurch, daß der Nachweis der sorgfältigen Auswahl für den Zeitpunkt der schädigenden Handlung geführt werden mußte.] wonach dem Geschäftsherrn grundsätzlich bei § 831 nur eine Auswahl- (vgl. RGZ 53, S. 53 (57); 53, S. 123 (125); PGZ JW 1907, S. 674 Nr. 2; 1911, S. 403 Nr. 16) aber keine Beaufsichtigungs- und Überwachungspflicht treffe. Die Pflicht zur Leitung der Verrichtung nach § 831 Abs. 1 S. 2 - besondere Leitungspflicht - bestehe nur unter besonderen, vom Verletzten zu beweisenden Umständen, Helm, AcP 166, S. 392 ff.; Jakobs VersR 69, S. 1065 sieht darin nur die Korrektur eines Versehens, das der II. Kommission durch die Änderung des Wortlauts unterlaufen war, vgl. oben die Gesetzgebungsarbeiten, Fußn. 41.

72) Haager, in RGRK § 831 Anm. 22 ff.; Soergel - Zeuner § 831 Anm. 37 jeweils m.w.N.

Außerdem merkte die Rechtsprechung bald ⁽⁷³⁾, daß es bei dem mehrstufigen Verwaltungsaufbau der größeren Betriebe dem Betriebsherrn unzumutbar oder überhaupt unmöglich war, jeden einzelnen Angestellten oder Arbeiter selbst auszuwählen oder zu überwachen. Es wurde daher für ausreichend angesehen, wenn der Geschäftsherr diese Tätigkeiten einem tüchtigen und zuverlässigen höheren Angestellten übertrug ⁽⁷⁴⁾. Der Entlastungsbeweis brauchte sich dann nur auf diesen höheren Angestellten zu erstrecken. Diese unter der Geltung des § 831 konsequente Lösung ⁽⁷⁵⁾ wurde weitgehend als unbillig empfunden, weil sie die großen Unternehmer gegenüber den kleinen bevorzuge ⁽⁷⁶⁾. Wege, die erschlossen wurden, um das Ergebnis ⁽⁷⁷⁾, wonach der Geschäftsherr nur für eigenes Verschulden einzustehen hat, zu vermeiden, zeigen,

-
- 73) so schon andeutungsweise in RGZ JW 1906, S. 196 (197); 1906, S. 547; Recht 11, Nr. 2562; WarnRspr 1908, Nr. 475
- 74) Die grundlegende Entscheidung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis in RGZ 78, S. 107 ff.; zur Entwicklung dieser Rspr, Heiss, Der dezentralisierte Entlastungsbeweis, S. 22 ff.
- 75) dafür, daß der dezentralisierte Entlastungsbeweis unvermeidlich sei, BGHZ 4, S. 2; v. Caemmerer DJT-Festschrift II, S. 119
- 76) Oertmann SchuldR II § 831, 2 b; Planck-Greif, § 831, 2a; Enneccerus-Lehmann § 241 III 1 c; vgl. schon die Protokolle des Entwurfs 2. Lesung zum Antrag 3 a und 4 a, amtliche Ausgabe II, S. 2781 f. = Mugdan II S. 1093; auf die Problematik bei der Haftung großer Betriebe war auch schon bei den Juristentagen 1884 und 1886 hingewiesen worden, vgl. nur Leonhard, 17. DJT I, S. 349, allerdings bei der Haftung für Erfüllungsgehilfen.
- 77) Soergel - Zeuner § 831 Anm. 41

daß man bereit ist, § 831 mit allen Mitteln zu korrigieren, aber grundsätzlich weiterhin an seinem Bestand festhält⁽⁷⁸⁾.

a) Die Rechtsprechung suchte einen Ausweg aus dem Dilemma des dezentralisierten Entlastungsbeweises, indem sie eine dauernde Überwachung der leitenden Angestellten aufgrund entsprechender Betriebsorganisation⁽⁸⁰⁾ forderte⁽⁸¹⁾. Der Geschäftsherr wurde verpflichtet, die Tätigkeit der Angestellten laufend zu beaufsichtigen und eine entsprechende Kontrollorganisation auszubauen. Diese neben der "diligentia in eligendo, custodiendo et instruendo" des § 831 stehende Aufsichtspflicht wurde mangels gesetzlicher Grundlage damit begründet, daß jeder, der andere zu eigenem Nutzen und Vorteil oder zur Erfüllung ihn treffender allgemeiner Rechtspflichten zuzieht, nicht

78) Die Versuche von Deetz, GruchBeitr 64, S. 161 ff. (178), Süß, DRWiss 42, S. 185 (197 und 204) und Jovy, ArchBürgR 37, S. 78 ff. (125) in § 831 allgemein eine Gefährdungshaftung zu sehen, blieben in der Praxis unberücksichtigt; zurückhaltend neuerdings nur BGHZ NJW 1968, S. 247 ff. (248).

79) Zu den Versuchen, die Folgen des dezentralisierten Entlastungsbeweises zu korrigieren, HeiB aaO S. 27.

80) Zunächst blieb Rechtsgrundlage dafür § 831, später wurde durchweg § 823 angewendet. Zu diesem Wechsel und zu seinen Ursachen vgl. Horn, S. 43 ff.; siehe zu dieser Unterscheidung unten bei der Produzentenhaftung.

81) grundlegend RGZ WarnRspr 14, Nr. 35 und RGZ 89, S. 136; vgl. zur Entwicklung der Organisationspflicht Landwehr AcP, 164, S. 482 ff.

allein mit der sorgfältigen Auswahl seiner Verantwortung genügt⁽⁸²⁾. Die Pflicht zur sorgfältigen Beaufsichtigung ist ihrerseits eine besondere Form der allgemeinen Sorgfalts- oder Verkehrssicherungspflicht, seinen Betrieb sachgerecht zu organisieren⁽⁸³⁾.

Da auch mit der Lehre vom Organisationsverschulden die Probleme des § 831 Abs. 1 Satz 2 nicht gelöst waren⁽⁸⁴⁾, hat eine gewichtige Meinung insbesondere auch in neuerer Zeit gefordert, der Geschäftsherr müsse nicht nur nachweisen, er habe die Aufsichtsperson sorgfältig ausgewählt,

82) Für § 831 wurde offensichtlich, daß diese individuelle Haftungsnorm dort unzureichend blieb, "wo die Einwirkungsmöglichkeit des Geschäftsherrn hinter dem Kreis der für ihn tätigen Menschen zurückblieb", Westermann, JuS 1961, S. 386 r.Sp., also vor allem bei industriellen Großbetrieben, bei Großbanken und den großen Verkehrsbetrieben.

83) Canaris JZ 1968, S. 196; vgl. hierzu zuletzt BGHZ v. 28.3.72, VersR 72, S. 747.
Die aus der allgemeinen Aufsichtspflicht abgeleitete Pflicht zur betriebsgerechten Organisation war nicht die einzige, die man mit Hilfe des § 823 glaubte begründen zu können. Über dieses Nebeneinander von § 823 und § 831, Horn aaO.
So sah sich die Rspr. in Fällen, in denen der handelnde Beauftragte des Geschäftsherrn selbständig war, wegen des für § 831 erforderlichen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen, gezwungen, auf § 823 zurückzugreifen, RGZ JW 1910, S. 747; RGZ Recht 1909, Nr. 1878; BGHZ VersR 66, S. 145.

84) Canaris, JZ 1968, S. 494 ff. (496 ff.)

und überwacht, sondern auch daß die Aufsichtsperson ihrerseits den schadenstiftenden Angestellten sorgfältig ausgewählt und überwacht habe ⁽⁸⁵⁾. Der Geschäftsherr muß insoweit für das Verschulden der Aufsichtsperson, wie für eigenes eintreten ⁽⁸⁶⁾.

- b) Eine ähnliche, aber eigenständige ⁽⁸⁷⁾ Entwicklung nahm die Rechtsprechung bei der Haftung der juristischen Person für Organe. Um nicht der Haftungseinschränkung des § 831 Abs. 1 Satz 2 zu unterliegen, ging sie bei § 31, der die Haftung der juristischen Person auf Schädigungen der Vorstände oder satzungsmäßig berufener Vertreter beschränkt, zwei Wege. Einmal wurde der Begriff des "anderen verfassungsmäßigen Vertreters" erheblich ausgedehnt ⁽⁸⁸⁾. Obwohl die Rechtsprechung sehr lange in recht kasuistischer Weise an dieser Auffassung festhielt ⁽⁸⁹⁾, hat sich mehr und mehr unter der allgemeinen Kritik die vom Reichsgericht ⁽⁹⁰⁾ begründete Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel durchgesetzt. Nach ihr hat die juristische Person, deren Vorstand wegen des Umfangs seiner Geschäfte bestimmte ihm obliegende Pflichten nicht selbst erfüllen kann, die hiermit betraute Person als besonderen verfassungsmäßigen Vertreter einzusetzen.

85) Erstmals Weigert, S. 28; Ruth, AcP 126, S. 353 ff.; Helm, AcP 166, S. 389 ff. (397 f.); Palandt-Thomas, § 831 Anm. 6 b; Heiss aaO, S. 146 ff.; wohl auch BGHZ NJW 1968, S. 247 f. Vgl. aber auch im Abschnitt Juristentage S. 17 f.

86) Enneccerus-Lehmann § 241 III 1 c; Nipperdey, Gutachten DJT (1926) Bd. I, S. 443 glaubt dieser - infolge der immerhin durch die Aufsichtsperson "stark abgeschwächten" - Gefährdungshaftung auch unmittelbar aus § 831 herleiten zu können. Im Hinblick auf die ständige Rspr. schlägt er dennoch vor, § 831 entsprechend zu ändern, aaO S. 438.

87) Zu dem Unterschied, Landwehr, AcP 164, S. 482 ff. (501 ff.)

88) Auch zum folgenden Staudinger-Coing § 31 Anm. 14 ff.m.w.N.

89) Zuletzt wohl BGHZ VersR 65, S. 64 und 1055

90) JW 1932, S. 2076

Hier wird somit die Tendenz hin zu einer nicht mehr am Verschulden orientierten Haftung offensichtlich ⁽⁹¹⁾.

3. Das in den letzten Jahren besonders diskutierte Problem der Produzentenhaftung ⁽⁹²⁾ zeigt am augenfälligsten die Bedeutung der aus § 823 Abs. 1 hergeleiteten allgemeinen Verkehrspflichten, die sich für den Unternehmer zu besonderen Organisations- und Verhaltenspflichten konkretisieren. Danach hat derjenige, der eine Ware herstellt und anderen überläßt ("sie in den Verkehr bringt") die daraus anderen drohenden Gefahren möglichst gering zu halten. Kommt er dieser Verpflichtung schuldhaft nicht nach, haftet er dem befugtermaßen in den Gefahrenkreis der Sache Gekommenen und durch sie Beschädigten ⁽⁹³⁾.

Mit Ausnahme des einzelnen Fabrikationsfehlers, bei dem der Entlastungsbeweis bedeutsam wird, also der Geschäftsherr darlegen kann, daß ihn keine organisatorische Fehlleistung trifft ⁽⁹⁴⁾, haftet er bei Konstruktions- ⁽⁹⁵⁾ und Instruktionsmängeln unbedingt nach § 823 Abs. 1 ⁽⁹⁶⁾.

91) vgl. zu dieser Entwicklung RGRK § 30, Anm. 2 und 89 Anm.6; Soergel - Schultze-v. Lasaulx § 31 Anm. 17 - 24; Erman-Westermann § 30 Anm. 5; Landwehr, AcP 164, S. 482 ff.; kritisch Esser, Gefährdungshaftung S. 33; Landwehr aaO S. 499; Neumann-Duesberg NJW 1966, S. 715 ff.

92) Karlsruher Forum 1963; 47. DJT 1968; Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, 1967; Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung 1965, weitere Nachweise bei Weitnauer, NJW 1968, S. 1593.

93) Esser SchuldR II § 108; Larenz § 72 I d

94) BGHZ VersR 52, S. 357; S. 410; 59, S. 104

95) Hier wird regelmäßig ein Organisationsmangel angenommen, Lipps, NJW 1968, S. 279, und damit der Entlastungsbeweis abgeschnitten, BGHZ VersR 56, S. 625; 59, S. 523; 60, S. 855 und 1095; Simitis, aaO S. 72, hat sich sogar für einen generellen Ausschluß des § 831 Abs. 1 S. 2 im Rahmen der industriellen Produktion ausgesprochen.

96) Kritisch zu den aus dieser Unterscheidung resultierenden Rechtsfolgen, Steindorff, AcP 170, S. 98 Fußn. 10.

Soweit die Haftung des Herstellers auf die Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht aus § 823 Abs. 1 begründet ist, tritt durch die Entscheidung des BGH ⁽⁹⁷⁾ im bekannten Hühnerpest-Fall zur Frage der Beweislast ⁽⁹⁸⁾ wie bei § 831 eine Haftung für vermutetes Verschulden ein ⁽⁹⁹⁾.

Trotz der optimistischen Aussage Diederichsens ⁽¹⁰⁰⁾, mit diesem Urteil "sei die Warenherstellerhaftung Wirklichkeit geworden", dürften doch Zweifel bestehen, ob damit diese Frage tatsächlich gelöst ist ⁽¹⁰¹⁾. Nach wie vor handelt es sich nämlich um eine Verschuldenshaftung, wenn auch tatsächlich eingeschränkt durch sehr weitgehende Verkehrspflichten und die Umkehrung der Beweislast. Mag daher auch das vordringliche Ziel der Produzentenhaftung nicht mehr sein - wie Simitis ⁽¹⁰²⁾ sagt - "nach Wegen zu forschen, die es erlauben, die Haftungsbarriere des § 831 zu umgehen", so bleiben doch die Fälle, in denen trotz Anwendung aller Sorgfalt gelegentlich ein "Ausreißer" ⁽¹⁰³⁾ vorkommt, weiterhin problematisch ⁽¹⁰⁴⁾.

97) BGHZ 51, S. 91

98) Der wesentliche Gesichtspunkt dieses Urteils findet sich in folgendem Satz, aaO S. 102: "Wird jemand bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses dadurch an einem der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter geschädigt, daß dieses Produkt fehlerhaft hergestellt war, so ist es Sache des Herstellers, die Vorgänge aufzuklären, die den Fehler verursacht haben und dabei darzutun, daß ihn hieran kein Verschulden trifft".

99) So mit w.N. Lorenz, AcP 170, S. 370 ff., der gleichzeitig feststellt, daß damit die Vermischung vom Tatbestand des § 823 und den Beweisanforderungen des § 831 überflüssig werde; aaO S. 372.

100) Anmerkung zum Hühnerpest-Fall, NJW 1969, S. 269

101) Die Diskussion hierzu geht jedenfalls weiter, vgl. SZ vom 4.1.1973

102) aaO S. 24

103) vgl. Fikentscher § 103 IV 3 b; Lorenz AcP 170, S. 367 ff; insbes. Steindorff, AcP 170, S. 99

104) Neu Aspekte hierzu bei Steindorff, aaO S. 93

Sie bedürfen allerdings hier keiner weiteren Beachtung, weil die Anknüpfung an ein Gehilfenversagen, wozu vor der Entscheidung im Hühnerpest-Fall die Rechtsprechung wegen der Beweisanforderungen des § 831 gezwungen war, bei industrieller Massenproduktion ohnehin einen falschen Haftungsakzent setzt ⁽¹⁰⁵⁾. "Denn es hat sich in den einschlägigen Fällen immer wieder gezeigt, daß es in Wahrheit gar nicht um ein Auswahlverschulden bezüglich eines einzelnen, oftmals nicht mehr zu ermittelnden Arbeiters ging, sondern daß die gesamte betriebliche Organisation zum Gegenstand des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB gemacht wurde" ⁽¹⁰⁶⁾.

Über den Problemkreis der Produzentenhaftung hinaus dürfte jedoch der im Hühnerpest-Fall zum Ausdruck gekommene ⁽¹⁰⁷⁾ Gedanke reichen, daß der Geschäftsherr für den eigenen Organisations- und Gefahrenbereich ⁽¹⁰⁸⁾ eintreten müsse ⁽¹⁰⁹⁾.

Hinter diesen grundsätzlichen Fragen zur Schadensverteilung in der Industriegesellschaft heutiger Prägung tritt die Frage nach der Haftung für Gehilfen zurück ⁽¹¹⁰⁾. Angesichts

105) so zu Recht Lorenz, AcP 170, S. 373

106) Lorenz aaO

107) Lorenz, aaO S. 391 weist zudem auf die Gefahren einer einseitig den Verbraucherschutz berücksichtigenden juristischen Wertung hin.

108) Dieser Gedanke einer Abgrenzung des Risiko- und Gefahrenbereichs wurde vor allem von Michaelis, Festschrift für Siber, S. 81 ff. gefordert und besonders mit dem Beweisnotstand des Geschädigten und der Beweisnähe des möglichen Schädigers begründet. Jürgen Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 65 ff. hat zudem den neben dem Haftungszweck stehenden Präventivzweck herausgestrichen.

109) Auf die erheblichen Probleme der Unternehmer in diesem Zusammenhang weist Steindorff, aaO S. 95 ff. hin. Insbes. bemängelt er die Verknüpfung betriebswirtschaftlicher und technischer Gegebenheiten in der juristischen Diskussion.

110) noch weitergehende Bedenken bei Ramm, vgl. oben Fußn. 44

der vielgestaltigen Probleme bei der Produzentenhaftung besteht kein Zweifel mehr, daß § 831 der geltenden Fassung⁽¹¹¹⁾, die eigentlich nur für den Haushalt, den Bauernhof, den handwerklichen oder sonst überschaubaren Kleinbetrieb paßt⁽¹¹²⁾, den eigentlich bedeutsamen Fällen der Großbetriebe nicht mehr gerecht wird⁽¹¹³⁾.

Die Umgehung des § 831 Abs. 1 Satz 2 durch Veränderung der Vertragsstruktur und die Schaffung von Sonderverbindungen.

1. Die Ausformung vertraglicher Nebenpflichten.

Der Referentenentwurf⁽¹¹⁴⁾ spiegelt die allgemeine Rechtsauffassung wieder, wenn er feststellt, die Konstruktion der c.i.c., der p.V.V. oder der Verträge zugunsten Dritter sei weithin nur deshalb notwendig geworden, um die Mängel des § 831 zu umgehen. Zwar hält Dunz⁽¹¹⁵⁾ diese Behauptung für "stark übertrieben". Die Literatur bestätigt ansonsten jedoch die im Entwurf geäußerte Meinung⁽¹¹⁶⁾. Sicherlich kann man jedoch die Behauptung des Entwurfs nicht damit begründen, diese Rechtsfiguren seien anderen Rechten fremd,

111) auch die neue Fassung läßt nach der durch die Rspr. erfolgten Änderung der beweisrechtlichen Lage kaum einen Fortschritt erwarten, Lorenz, AcP 170, S. 373:

112) Fikentscher § 107 I 2

113) Die Verteidigung des § 831 a.F. durch Steindorff, aaO, dürfte an dieser grundsätzlichen Situation nichts ändern.

114) Bd. II S. 101

115) In seiner Stellungnahme zum Entwurf 58, S. 3

116) Medicus, § 30 IV 1 c; Soergel - Schmidt Anm. 12 vor § 275 und 12 vor § 328; Erdsiek, JurJb 8, S. 45 ff.; E. Schmidt, Nachwort, S. 151 spricht von "Hauptmotiv".

weil diese sie auch nicht benötigten ⁽¹¹⁷⁾. Allein für die culpa in contrahendo hat dies Nirk ⁽¹¹⁸⁾ überzeugend widerlegt.

- a) Während das Rechtsinstitut der c.i.c. weitgehend Anerkennung gefunden hat und weder seine Begründung noch seine Einordnung prinzipielle Probleme mehr aufwirft ⁽¹¹⁹⁾, ist immer wieder auf die Bedenken hingewiesen worden, die Haftungsfälle bei Verletzungen eines Dritten durch Gehilfen im vorvertraglichen Stadium ⁽¹²⁰⁾ in den Bereich der c.i.c. mit hereinzuziehen ⁽¹²¹⁾.

Wie die umfangreiche Rechtsprechung ⁽¹²²⁾, - ausgehend vom Linoleumrollen-Fall ⁽¹²³⁾, aber zeigt, überwogen die

117) Der Referent des Bundesministers der Justiz in Erwiderung der Stellungnahme von Dunz

118) RabelsZ 18, S. 322 ff.

119) vgl. nur Esser SchuldR I, § 52 II; Larenz SchuldR II § 9 I 1.

120) bekannt sind vor allem die Warenhaus- und Gasthaus-Fälle

121) so meint Nirk, RabelsZ 18, S. 311; die c.i.c. werde "als Lückenbüßer der unzulänglichen deliktischen Gehilfenhaftung mißbraucht"; gleichzeitig glaubt er, aaO, S. 354, in der Schaffung der Lehre vom "sozialen Kontakt" das Bemühen zu erkennen, "die Lehre der c.i.c. vom dogmatischen Ballast der Warenhaus- und Gasthaus-Fälle zu befreien".

122) RGZ 107, 240, (243); 114, 155 (160); 120, S. 126; 132, S. 79; 147, S. 110; RGZ JW 1913, S. 743; 1928, S. 1740; RGZ HRR 1928, Nr. 1134; 1929, Nr. 87; RG WarnRspr 1932, Nr. 131; RGZ LZ 1932, S. 38; BGHZ 2, S. 87; BGHZ MDR 1954, S. 346; BGHZ 15, S. 205; BGHZ NJW 1962, S. 21 - Bananenschalen-Fall.

123) RGZ 78, S. 239 ff. S. 240: "Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreiten, wenn in (diesen) Fällen ... der Geschäftsinhaber ... nur nach Maßgabe des § 831 BGB und nicht unbedingt haftete, der Verletzte also beim Gelingen des Entlastungsbeweises an den zumeist mittellosen Angestellten verwiesen würde".

praktischen Bedürfnisse gegenüber dogmatischen Einwänden (124).

- b) Nicht anders stellte sich die Situation bei der Schaffung von vertraglichen Sonderverbindungen und von Schutzpflichten dar. Die Rechtsprechung versuchte auch hier unter Aufwendung erheblicher Mühe durch Ausweitung der vertraglichen Schutzpflichten (125) oder allgemein durch die Konstruktion eines schuldrechtlichen (126) Verhältnisses (127) die Anwendung des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zu umgehen. Regelmäßig wurde daher auch auf vertragliche Konstruktionen verzichtet, wenn sich schon aus § 823 die Haftung des Geschäftsherrn ergab (128).

Ein sehr anschauliches Beispiel dafür, daß sich an der Situation, vor die sich die Praxis gestellt sieht, nichts geändert hat, zeigt eine neue Entscheidung (129), in der

124) vgl. auch Erman, AcP 139, S. 273 ff.

125) siehe nur die Rspr. zur Obhutspflicht des Mieters, der die Mietsache seinen Gehilfen überläßt, RGZ 84, S. 222; 87, S. 276; RGZ GruchBeitr 59, S. 112; BGHZ VersR 56, 307; m.w.N. Staudinger-Werner § 278 Anm. 28 ff.

126) Dieses Bemühen wird noch unterstützt, wenn man vertragliche Schutzpflichten auch bei Nichtigkeit des Vertrags anerkennt, so Canaris, JZ 1965, S. 475 ff.

127) z.B. RGZ 65, S. 17; RGZ JW 1910, S. 750; RGZ LZ 23, S. 275; OLG Stuttgart JW 1933, S. 716; OLG Düsseldorf BB 50, S. 35; BGHZ VersR 57, S. 319; BGHZ 21, S. 102

128) Zander, S. 17, 23, 28

129) BGHZ v. 7.3.1972 in NJW 1972, S. 1048 = JuS 1972, S. 475. Folgender Fall lag der Entscheidung zu Grunde: Die Beklagte hatte einen dem Kläger gehörenden PKW auf Grund eines Titels gegen die P-GmbH gepfändet. Auf die Aufforderung zur Freigabe hin wurde der Kläger an den Anwalt und Prozeßvertreter der Beklagten verwiesen. Dieser verzögerte schuldhaft die Pfandfreigabe.

der Bundesgerichtshof eine schuldrechtliche Sonderverbindung für den durch die Zwangsvollstreckung Drittbetroffenen bei Verzögerung der Pfandfreigabe bejaht, weil von vornherein feststand, daß ein Auswahlverschulden ausgeschlossen war, die Klage gestützt auf § 831 also hätte erfolglos bleiben müssen. Dieses gegen die im Schrifttum ganz herrschende Meinung sich richtende Urteil wird im Ergebnis damit gerechtfertigt, daß "der Ausschluß der Anwendung des § 278 BGB in diesem Fall unbefriedigend sei". Die "sachliche Interessenlage" gebiete es, im Ausgleich für die Belastung des Schuldners mit der erlaubtermaßen seine Rechte zunächst vernachlässigenden Zwangsvollstreckungsmaßnahme, eine materiellrechtliche Sonderbeziehung zwischen Pfändungsgläubiger und Drittbetroffenem zu konstruieren.

- c) Grundsätzlich bestehen im Obligationsverhältnis nur relative Rechte. Allein Gläubiger und Schuldner werden berechtigt bzw. verpflichtet. Bei Vertragsverletzungen kann sich der Verletzte grundsätzlich nur an den schuldigen Vertragsgegner halten. Damit wird auch der Schutzbereich festgelegt, der ein obligatorisches Verhältnis umspannt. Während sich bei einem absoluten Recht das Schutzgebot an die Allgemeinheit richtet, besteht das obligatorische Schutzgebot lediglich zwischen den durch das Schuldverhältnis verbundenen. Das BGB macht von dieser Zweipoligkeit nur im § 328 mit dem Vertrag zugunsten Dritter eine Ausnahme. Die Fälle im Geschäftsverkehr und im täglichen Leben, in denen Dritte von diesem Schuldverhältnis betroffen (130) sind, ohne - wie in § 328 - ausdrücklich in den Vertrag miteinbezogen worden zu sein, ließ der Gesetzgeber unberücksichtigt.

130) Wie bei Verletzung des Dritten seine Beziehung zu Gläubiger und Schuldner des obligatorischen Verhältnisses ausgestaltet sein muß, war lange Zeit die zentrale Frage, nachdem die Institute der DSL und des Vertrags mit Schutzwirkung zGD als solche bereits anerkannt waren.

Desgleichen erhält grundsätzlich nur der Schadensersatz, der selbst in seinen geschützten Rechtsgütern verletzt ist. Für Schäden desjenigen, der nicht Eigentümer der zerstörten Sache (§ 823 Abs. 1) oder Gläubiger einer gestörten Verbindlichkeit ist ("Drittschaden") fehlt regelmäßig die Anspruchsgrundlage. Daß dennoch in einer Reihe typischer Fälle ⁽¹³¹⁾ der Dritte nicht schutzlos bleiben, andererseits der Schädiger nicht aus mehr oder minder zufälligen Gründen von seiner Haftung frei sein soll, war offensichtlich.

Aus Gründen des Interessenausgleichs ⁽¹³²⁾ und zum Zwecke einer gerechten Verteilung der Risikohäufung ⁽¹³³⁾ hat daher die Rechtsprechung dem verletzten Dritten ⁽¹³⁴⁾ vertragliche Ansprüche zuerkannt, um auch hier vor allem die sachfremden Unterschiede zwischen vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung ⁽¹³⁵⁾ zu unterlaufen ⁽¹³⁶⁾.

131) vgl. Esser SchuldR I § 43 II

132) so Soergel - Schmidt Vorb. 88 vor § 249 für die DSL

133) Medicus, § 31 IV 6 b für den Vertrag mit Schutzw. zGD

134) Auf die dogmatisch richtige Konstruktion bei der DSL - der Schaden wird zur Anspruchsgrundlage gezogen, nicht umgekehrt, Larenz SchuldR I § 27 IV b 2; Medicus § 31 IV 5, - kann es hier nicht ankommen, da der Geschädigte jedenfalls über § 278 letztlich so gestellt wird, als sei er Träger des Schadensersatzanspruchs.

135) Das gilt auch für die DSL. Dieses Institut kommt nicht nur zur Anwendung, wenn der Vertragspartner Anspruchsberechtigter, aber ohne Schaden ist und der Geschädigte zwar den Schaden, aber keinen Anspruch hat (typische Schadensverlagerung), sondern auch dann, wenn der Vertragspartner über § 278 den Schaden eines Dritten liquidieren darf, der nur Deliktenansprüche hat und mit ihnen an § 831 I. S. 2 scheitern würde, Medicus § 30 IV 1 c.

136) Soergel-Schmidt aaO; Erdsiek, JurJb 8, S. 51 und 55; Larenz NJW 1960, S. 79

2. Amtshaftung.

Schließlich blieb die Rechtslage bei § 831 auch nicht ohne Einfluß auf die Amtshaftung nach § 839 BGB ⁽¹³⁷⁾. In einer dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht entsprechenden Auslegung ⁽¹³⁸⁾ beschränkte die Rechtsprechung die Beamtenhaftung nicht auf hoheitliche Maßnahmen im eigentlichen Sinn. Sie verstand darunter ebenso Akte "staatlichen Schutzes und staatlicher Fürsorge" ⁽¹³⁹⁾, um dem Verletzten auch für diese Fälle der Daseinsvorsorge einen zahlungsfähigen Schuldner zu geben. Denn angesichts der lückenlosen staatlichen Organisation war ein Anspruch gegen den Staat über § 831 regelmäßig aussichtslos.

Die Forderung, die Entwicklung der Amtshaftung, die neben dem BGB verlaufen war ⁽¹⁴⁰⁾, "wieder in dieses zurückzuführen" und eine klare Abgrenzung zwischen § 831 und § 839 zu erreichen, entspringt nicht zuletzt dieser Rechtsprechung.

3. Einzelfälle

Über die bekannten Fälle der Umgehung hinaus wurden die Auswirkungen des § 831 Abs. 1 Satz 2 teilweise durch die Praxis völlig negiert.

137) Schon Petersen 18. DJT I, S. 294 hatte auf die positiven Auswirkungen hingewiesen, die eine erweiterte Haftung für Verrichtungsgehilfen auch für die Amtshaftung haben müßte.

138) vgl. i.e. Münzel, NJW 1966, S. 1341; Erdsiek, aaO S. 59

139) RGZ 56, S. 89; 84, S. 29; 155, S. 257; BGHZ 16, S. 111; 20, S. 202; 34, S. 99

140) Entwurf 67 Bd. II S. 11

So kollidiert die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung ⁽¹⁴¹⁾ zum Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers mit dem Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn. Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch besteht nämlich sowohl, wenn der Arbeitgeber - weiler sich nicht erfolgreich entlasten konnte - neben dem Verrichtungsgehilfen haftet ⁽¹⁴²⁾, als auch und gerade dann, wenn der Arbeitgeber den Entlastungsbeweis aus § 831 Abs. 1 Satz 2 führen kann. Der Arbeitgeber muß also im Ergebnis wirtschaftlich - trotz Entlastung - den Schaden tragen. Hier sah sich die Rechtsprechung aus sozialen, spezifisch arbeitsrechtlichen Gründen gezwungen, den Veränderungen Rechnung zu tragen, auch wenn die Begründung jeweils sich allgemein auf die das Arbeitsverhältnis beherrschende Treue- und Fürsorgepflicht stützte ⁽¹⁴³⁾.

Ein ähnliches Beispiel zeigt die Auslegung des Finanzvertrages vom 26.5.1952 ⁽¹⁴⁴⁾. Art. 8 dieses Gesetzes wurde trotz der grundsätzlichen Verweisung auf deutsches Recht so verstanden, daß die Stationierungsstreitkräfte für schuldhafte Handlungen ihrer Mitglieder und Bediensteten ohne Entlastungsmöglichkeit haften ⁽¹⁴⁵⁾.

141) seit dem Beschluß des Großen Senats v. 25.9.1957 - BAG 5, S. 1

142) trotz § 840 Abs. 2 BGB!

143) Überhaupt wird im Arbeitsrecht deutlich, daß es eher als das allgemeine Zivilrecht auf neue haftungsrechtliche Erkenntnisse zu reagieren vermag. So hat sich etwa die Lehre vom Risiko- und Sphärenge danken zu einer gleichberechtigt neben dem Verschuldensprinzip stehenden, dieses zuweilen sogar verdrängenden, Grundnorm des Schadensrechts entwickelt, vgl. Gamillscheg, S. 35

144) BGBI. 1955 II, S. 301, 381

145) vgl. Begründung zum Entwurf 1958, S. 33

VI. Zusammenfassung.

Der - notwendig - kurze Überblick über die Entwicklung des § 831 nach Entstehung des BGB zeigt, daß Rechtsprechung wie Lehre durch die unbefriedigende Regelung des § 831 Abs. 1 Satz 2 in verschiedener Weise zu Hilfskonstruktionen, Ausweitungen, Schaffung neuer Rechtsinstitute, ja zuweilen sogar zur Auslegung contra legem sich gezwungen sahen.

Die Entwicklung, die im 19. Jahrhundert in einem den sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechenden Verständnis des Gehilfenproblems begonnen hatte und der die Gesetzgebung, in dogmatischen Zwängen verhaftet, nicht gleichschnell folgen konnte, setzte sich auch unter der Geltung des BGB fort. Die Praktiker, die für eine den heutigen Vorschlägen ähnliche Lösung des § 831 schon zur Zeit seiner Entstehung eingetreten waren, hatten - wie die neuere Entwicklung zeigt - die wirtschaftlichen Verhältnisse wie auch die sozialen Bedürfnisse zumindest teilweise richtig eingeschätzt.

Freilich zeigt gerade die Resonanz, die der Entwurf 1967 ausgelöst hat, wie wenig über die bekannten Argumente hinaus die deliktische Gehilfenhaftung sich fortentwickelt hat. (146)

Ein Vergleich der Äußerung bei den Juristentagen und den Gesetzgebungsarbeiten mit der gegenwärtigen Diskussion zeigt verschiedene Parallelen (147), wenn sich auch die Auffassung der die Entwurfs~~s~~lösung tragenden Kommission und der Praktiker gegenüber der Rechtslehre weitgehend geändert hat. (148)

146) siehe oben, Die Gesetzgebungsarbeiten, S.177 ff.

147) vgl., auch zum folgenden, Seiler JZ 1967, S. 529

148) Die Kritiker am Entwurf 67 mahnen jetzt zur Zurückhaltung, zur Differenzierung, wenn nicht sogar dazu, es vorläufig bei der bisherigen Lösung zu belassen.

1. Die Schwierigkeiten einer dogmatischen Einordnung der
Gehilfenhaftung sind geblieben.

- a) Larenz sucht ⁽¹⁴⁹⁾ die Rechtfertigung des § 831 n.F.
im Gedanken des Betriebsrisikos oder in der besonderen
Gefährlichkeit der Verrichtung, ist sich jedoch bewußt,
daß er den Anwendungsbereich damit auf Groß- und Mittel-
betrieb einschränkt, da Betriebsrisiko und besondere Ge-
fährlichkeit regelmäßig weder bei den im wesentlichen
mit Familienangehörigen arbeitenden Kleinbetrieben noch
bei den Haushalten eine weitergehende Haftung rechtfer-
tigen.

Auch Esser ⁽¹⁵⁰⁾ bleibt gegenüber der Neuregelung ableh-
nend wegen der "undifferenzierten Angleichung" ⁽¹⁵¹⁾. Da
der Einsatz von Gehilfen weder eine generelle Gefährdung,
noch eine besondere Gefährlichkeit der aufgetragenen
Verrichtung mit sich bringe, laufe § 831 n.F. "auf die
Einführung einer reinen Veranlassungshaftung ⁽¹⁵²⁾
hinaus" ⁽¹⁵³⁾. Der Referentenentwurf hat trotz dieser

149) SchuldR II § 73 VI, (S. 496 f.)

150) SchuldR II § 110 I 1 c

151) insoweit übereinstimmend Diederichsen ZRP 1968, S. 60;
Helm, AcP 166, S. 404; Heiss, aaO S. 126 ff.; Raiser,
Diskussionsbeitrag in Karlsruher Forum 62, S. 26;
Wolany, ebenda S. 27; im Ansatz auch Hübner, ebenda
S. 24 und Westermann, JuS 1961, S. 342;
Für eine Abgrenzung aber auch schon Mayer, 17. DJT I,
S. 137 ff. oben S. 16; im vertraglichen Bereich
Leonhard, 17. DJT I, S. 349, oben S. 18; für den
deliktischen Bereich will er die Haftung auf "gemein-
gefährliche Betriebe" einschränken, vgl. oben S. 39.
Zugleich werden auf dem DJT jedoch Bedenken hinsicht-
lich der Abgrenzungsprobleme bei den einzelnen Be-
trieben laut, Jaques, oben S. 40; insbes. zwischen
Groß- und Kleinbetrieben.

152) vgl. hierzu schon Dreyer, 17. DJT I, S. 89; vgl. auch
oben S. 10

153) R. Schmidt, Festschrift, S. 370; Lehmhöfer, VersR 67,
S. 1126

Einwände eine Einschränkung der unbedingten Gehilfenhaftung abgelehnt ⁽¹⁵⁴⁾. Der Entwurf ⁽¹⁵⁵⁾ sieht in der Übertragung der Verrichtung zugleich die Übertragung des Handlungsrisikos. Da der Geschäftsherr damit das Handlungsrisiko nicht mehr trage, müsse ihm nunmehr das Haftungsrisiko auferlegt werden. Mit der Beschäftigung mehrerer Gehilfen würden sich die Handlungsrisiken und damit die Haftungsrisiken vervielfältigen. Die damit ausgelöste Gefahrerhöhung müsse dem Geschäftsherrn auferlegt werden.

- b) Zugleich ist man ratlos ⁽¹⁵⁶⁾, wie die neue Regelung in das der Zivilrechtsdogmatik geläufige Haftungsschema einzuordnen ist ⁽¹⁵⁷⁾.

Mit der Alternative Gefährdungs- oder Verschuldenshaftung ⁽¹⁵⁸⁾ ist jedenfalls - worauf Baur ⁽¹⁵⁹⁾ überzeugend hingewiesen hat - nicht auszukommen. Weder haftet der Geschäftsherr für eigenes Verschulden ⁽¹⁶⁰⁾, noch liegt generell in der Beschäftigung von Gehilfen eine der Allgemeinheit gegenüber bestehende Gefahrerhöhung. So begnügt sich Esser ⁽¹⁶¹⁾ mit dem unbefriedigenden Hinweis

154) Bd. II, S. 110 f. R. Schmidt aaO. S. 372 bezeichnet es sogar als "Positivum" des Entwurfs, daß er dogmatische Gesichtspunkte nicht zur Grundlage der Neuregelung gemacht hat.

155) Bd. II, S. 105

156) Baur, Karlsruher Forum 62, S. 16

157) R. Schmidt aaO

158) Der Entwurf S. 111 ordnet § 831 n.F. zu Unrecht als Verschuldenshaftung ein.

159) aaO S. 15

160) Nur dann könnte man - entgegen der Vorstellung des E 67 - von einer Verschuldenshaftung sprechen

161) SchuldR II § 110 I 1 c

auf die Kausalhaftung, die die Haftung des Geschäftsherrn allein an die Anstellung des Gehilfen anknüpft (162).

Auch hilft der Gedanke der Einschaltungshaftung (163) im Hinblick auf § 278 nicht weiter, da hierfür ein besonderes nur zwischen Schuldner und Gläubiger bestehendes Pflichtverhältnis als "Einschaltungsgrundlage" vorliegen müßte.

Die Zurechnung fremden Handelns im Sinne einer Repräsentationshaftung andererseits würde voraussetzen, "daß der Handelnde nach der Vorstellung des Soziallebens das Zurechnungssubjekt in den von der Zurechnungsnorm erfaßten Teilbereich darstellt" (164). Könnte man also sagen, daß der Gehilfe die für den Geschäftsherrn typische Aufgabe (im Gegensatz zum bloßen Handeln) übernimmt, würde die Identifikation des Herrn mit dem Gehilfen die Zurechnung erklären. Daran bestehen zumindest für die allgemeine Gehilfenhaftung erhebliche Zweifel. Baur behilft sich mit der analog § 1004 entwickelten "Haftung für den eigenen Lebensbereich" (165) und findet darin auf der Grundlage einer rein zivilrechtlichen Konstruktion ein - wie er meint - auch für die Gehilfenhaftung passendes allgemeines Zurechnungsprinzip. Die Parallelen zu der Sphärentheorie des Arbeitsrechts liegen jedoch auf der Hand.

162) Baur, aaO, zeigt den Mangel dieser Begründung allein dadurch auf, daß die Anstellung nicht adäquat kausal für den Schaden sein müsse. "Denn daß schon die Beschäftigung von Personal erfahrungsgemäß zu deliktischen Eingriffen in die Sphäre unbeteiligter Dritter führt, läßt sich nicht belegen".

163) so Westermann, JuS 1961, S. 335

164) Westermann, aaO S. 334

165) vgl. auch Pleyer, AcP 162, S. 514 f.

Die Skepsis, die der dogmatischen Einordnung der Gehilfenhaftung gegenüber bleibt ⁽¹⁶⁶⁾, wird freilich - anders als bei der Schaffung des § 831 a.F. - kein Hinderungsgrund für die Neuregelung sein. Der Stellenwert begrifflich-systematischer Bedenken im heutigen Zivilrecht ist gegenüber der Pandektistik des ausgehenden 19. Jahrhundert, wie die Diskussion zu § 831 zeigt, merklich gesunken ⁽¹⁶⁷⁾. Soweit nur die rechtspolitische Notwendigkeit einsichtig wird, mögen dogmatische Zweifel zurückstehen ⁽¹⁶⁸⁾.

- c) So geht es bei der Diskussion um § 831 n.F. eigentlich überwiegend um rechtspolitische Fragen der Notwendigkeit, der Zweckmäßigkeit, der wirtschaftlichen Tragbarkeit und der interessengemäßen Schadensverteilung. Hier sieht man sich jedoch noch mehr als bei der Frage der dogmatischen Einordnung einer Argumentation gegenüber, die lebhaft an die Bedenken und Anregungen der beiden Juristentage 1884 und 1886, wie auch der Gesetzgebungskommission erinnern.
- aa) Die Beschränkung der Haftung allgemein auf gewerbliche Betriebe oder nur auf bestimmte gewerbliche Betriebe, wurde damals ebenso gefordert wie die Beachtung der versicherungsrechtlichen Situation für die betroffenen Geschäftskreise ⁽¹⁶⁹⁾. Die Forderung, die Auswirkung

166) vor allem Helm, AcP 166, S. 405, gegenüber der Feststellung im Entwurf, man erhoffe sich mit ihm eine "dogmatische Bereinigung des Haftungsrechts".

167) Seiler JZ 1967, S. 529

168) Baur, aaO S. 16

169) Der Bogen spannt sich von Ubbelohdes Assekuranztheorie und ihrer scharfen Ablehnung bei Enneccerus bis zu Larenz, SchuldR II, S. 496, der eine unterschiedslose Haftung gerade wegen der unterschiedlichen Lage, in der sich die Betroffenen bei der Inanspruchnahme von Versicherungen befinden, ablehnt.

der neuen Regelung zunächst statistisch zu überprüfen⁽¹⁷⁰⁾, Erkenntnisse, die man mit dieser Haftungsform anderswo gemacht hat, zu analysieren, sind heute wie damals geltende Einwände. Der Verdacht besteht, daß der Sprung vom Verschuldensprinzip "auf die andere Seite"⁽¹⁷¹⁾ durch die Einführung des Gehilfenverschuldens verschleiert werden soll⁽¹⁷²⁾, der Entwurf 1967 also auch nur wieder einen Kompromiß zwischen Tradition und Fortschritt darstellt⁽¹⁷³⁾.

bb) Auch fehlt es nicht an Hinweisen, die zwar einräumen, daß eine Neuordnung des Haftungsrechts und gerade der Gehilfenhaftung wünschenswert sei, daß aber der Entwurf den Erwartungen und Bedürfnissen nicht genüge⁽¹⁷⁴⁾. Er verbessere einerseits die Lage des Verletzten, verschlechtere sie aber zugleich. Von einem gerechteren System könne ohnehin nicht gesprochen werden, wenn es um überwiegende Interessen und die Notwendigkeit ihrer objektiven Abgrenzung gehe⁽¹⁷⁵⁾.

2. Die Zielsetzung der internationalen Rechtsangleichung als Argument einer Neuordnung, das heute ungleich mehr bedeutet, als vor 100 Jahren, wird mit Skepsis betrachtet⁽¹⁷⁶⁾ oder

170) Seiler JZ 1967, S. 529

171) Hübner, Diskussionsbeitrag in Karlsruher Forum 62, S. 24

172) Raiser, ebenda S. 26

173) vgl. die Bedenken gegen die Einführung der Beweislastumkehrung bei § 831 im Entwurf 2. Lesung

174) Helm, AcP 166, 389 f.; Jakobs, VersR 69, S. 1061; zurückhaltend Steindorff, AcP 170, S. 93 ff. und Mertens, FamRZ 68, S. 132 f.

175) Helm, aaO S. 402 f.

176) Helm, aaO, S. 407; Diederichsen, ZRP 1968, S. 60;

gar für überflüssig gehalten⁽¹⁷⁷⁾. Nur die grundsätzliche Frage nach der Aufrechterhaltung des Verschuldensprinzips stellt sich angesichts des objektiven Verschuldensmaßstabs nicht mehr in der Schärfe. Der Individualismus, den Gierke so heftig bekämpft hatte, weicht einer generalisierenden Tendenz. Objektivtypisierend wird "von der Eigenpersönlichkeit abstrahiert"⁽¹⁷⁸⁾. Die sozial-kommunikative Existenz des Menschen wird zur Haftungsgrundlage⁽¹⁷⁹⁾ als weitere Größe im Dualismus des Haftungsrechts. Man bemerkt, "daß das moderne Schadensrecht durch eine fließende Verbindungslinie vom Verschuldensgedanken als Zurechnungsgrund zum immer bedeutsameren Risikogedanken gezeichnet ist"⁽¹⁸⁰⁾, daß sich die "dogmatischen Antipoden des Verschuldens- und des Gefährdungsgrundsatzes" zusehends annähern⁽¹⁸¹⁾. Fest steht, daß der alte Satz vom Verschulden als dem Axiom der Haftung nicht mehr das Maß für die Ordnung der Schadenshaftung sein kann. Gleichwohl hat man bisher den Einfluß, den die als allzu individualistisch und liberal empfundene Rechts- und Wirtschaftsordnung des ausgehenden 19. Jahrhunderts auf das Schadensrecht des BGB genommen hatte, nicht abzuschätzen vermocht.

Wenn es stimmt, daß die Schadensverteilung "eine Kernfrage des Rechts" und zugleich "ein Produkt der sittlichen, wirtschaftlichen und sozialen Anschauung einer bestimmten Zeit"⁽¹⁸²⁾ ist und man andererseits ein sittliches und soziales Bedürfnis und die wirtschaftliche Berechtigung zu einer Neuorientie-

177) Jakobs, aaO, S. 1070 f.

178) Deutsch, JZ 1968, S. 104

179) Larenz, Festschrift für Honig (1970), S. 79 ff.m.w.N.

180) Kramer, AcP 171, S. 429

181) Esser, Gefährdungshaftung, S. 9

182) Enneccerus-Nipperdey, Bd. II § 208 I

rung des Haftungsrechts bejaht, dann wird man ein Ende der Probleme bei der Gehilfenhaftung erst absehen können, wenn die Basis, nämlich die Schaffung einer den sozialen, wirtschaftlichen und rechtlichen Grundzusammenhängen dieser Gesellschaft gerecht werdenden allgemeinen Schadenszurechnung verwirklicht ist.

L e b e n s l a u f

Am 12.8.1944 wurde ich als Sohn des Chemikers Dr. Ing. Horst Niethammer und seiner Ehefrau Jutta, geb. Filtzer, in Dresden geboren. Von 1950 bis 1952 besuchte ich die Volksschule in Faurndau bei Göppingen, von 1952 bis 1954 die Volksschule in Kirchdorf bei Rosenheim. 1954 wechselte ich auf das Humanistische Gymnasium in Rosenheim über, wo ich im Jahre 1963 die Reifeprüfung bestand.

In der Zeit von 1963 bis 1965 leistete ich eine zweijährige Militärdienstzeit ab. Im Wintersemester 1965/66 begann ich an der Universität München das Studium der Rechtswissenschaften. Nach dem 8. Semester bestand ich im November 1969 die erste Juristische Staatsprüfung.

Seit 17.2.1970 befinde ich mich als Referendar im Vorbereitungsdienst. Im Frühjahr 1973 habe ich den schriftlichen Teil der zweiten juristischen Staatsprüfung abgelegt.

